

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**ESCUELA DE POSGRADO**



**¿DEBE MANTENERSE LA NORMA DE SUBCAPITALIZACIÓN  
EN LA LEY DE IMPUESTO A LA RENTA PERUANA?**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica**

**presentada por:**

**KATARZYNA MARIA DUNIN BORKOWSKI GOLUCHOWSKA**

**Asesora**

**SANDRA MARIELA SEVILLANO CHÁVEZ**

**Lima – Perú**

**2019**

## ***RESUMEN***

La investigación presenta un análisis de la situación objetiva de la subcapitalización, revisando los Métodos que se han utilizado para combatirla a nivel mundial, la implementación del enfoque de mejores prácticas de la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE. A efectos de determinar si la regulación que existe actualmente en el ordenamiento jurídico tributario peruano vigente para contrarrestar sus efectos debe mantenerse o no, y en caso de ser afirmativa la respuesta, nuestra propuesta de implementación del perfeccionamiento tributario correspondiente a la regulación de esta situación objetiva.

This research presents an analysis of the objective situation of the thin capitalization, reviewing the methods that have been used to combat it world wide, the implementation of the best practices approach of Action 4 of the OECD BEPS Plan. In order to determine if the existing regulation in the Peruvian tax law order to counteract its effects must be maintained or not, and if the answer is affirmative, our proposal to implement the tax improvement corresponding to the regulation of this objective situation.

## ÍNDICE

REFERENCIA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS .....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I:.....	9
¿QUÉ ES LA SUBCAPITALIZACIÓN? .....	9
1. Las clases de subcapitalización en una empresa según el Derecho Societario: la subcapitalización material y la subcapitalización nominal o formal.....	11
2. Determinación de la relación deuda / capital en una Sociedad .....	15
3. Tipos de financiamiento que puede obtener una empresa: externo e interno .....	19
4. Instrumento de capital, instrumento de deuda e instrumento híbrido.....	21
4.1 Instrumento de capital.....	22
4.2 Instrumento de Deuda .....	28
4.3 Instrumentos Híbridos.....	31
5. El endeudamiento indirecto y los préstamos <i>back-to-back</i> .....	33
6. Diferencias entre el financiamiento a través de un Instrumento de Capital y a través de un Instrumento de Deuda.....	36
7. Nuestra definición de subcapitalización (nominal).....	38
8. Métodos que la OCDE planteó inicialmente para combatir la subcapitalización ...	39
8.1 Método Subjetivo.....	39
8.2 Método Objetivo.....	54
CAPÍTULO II: .....	58
¿QUÉ DICE LA ACCIÓN 4: “LIMITACIÓN DE LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE VÍA DEDUCCIÓN DE INTERESES Y OTROS GASTOS FINANCIEROS”	

**SOBRE LA SUBCAPITALIZACIÓN Y CÓMO HA ADOPTADO LA LEGISLACIÓN  
COMPARADA SUS RECOMENDACIONES? ..... 58**

**1. Acción 4 del Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*): “Limitación  
de la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros gastos financieros”**

59

**1.1 El Proyecto BEPS ..... 59**

**1.2 Los límites establecidos por la Acción 4 ..... 67**

**2. Planificaciones fiscales y Cláusulas Antielusivas ..... 83**

**2.1. Consideraciones previas en torno al concepto de la *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) ..... 90**

**2.1.1. Economía de opción ..... 91**

**2.1.2. Elusión ..... 94**

**2.1.3. Evasión ..... 96**

**2.1.4. Simulación ..... 98**

**2.1.5. Fraude a la Ley ..... 101**

**2.2. Cláusula antielusiva general: *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) ..... 103**

**2.3. Cláusula antielusiva específica: *Specific Anti-Avoidance Rule* (SAAR) con  
especial énfasis en la norma de subcapitalización ..... 115**

**2.4 ¿Son complementarias la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización? ..... 120**

**3. ¿Cómo se combate la subcapitalización en las distintas legislaciones? ..... 130**

**CAPÍTULO III: ..... 136**

**EL TRATAMIENTO QUE LA LEY DE IMPUESTO A LA RENTA PERUANA LE  
OTORGA A LA SUBCAPITALIZACIÓN ..... 136**

<b>1. Evolución cronológica de la SAAR tipo subcapitalización en el Perú .....</b>	<b>137</b>
<b>2. Excepciones a la SAAR de tipo subcapitalización peruana para el 2019 y 2021, y la aplicable a partir del 2021 .....</b>	<b>138</b>
<b>2.1 Contribuyentes Exceptuados.....</b>	<b>139</b>
<b>2.2 Endeudamientos Exceptuados.....</b>	<b>139</b>
<b>3. Aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización peruana en el tiempo.....</b>	<b>152</b>
<b>4. ¿El Decreto Legislativo N° 1424 adopta las mejores prácticas en el diseño de normas de limitación a la deducibilidad de intereses recomendadas por la Acción 4 del Plan de Acción BEPS de la OCDE? .....</b>	<b>156</b>
<b>5. Relación entre la GAAR peruana y la SAAR de tipo subcapitalización peruana. El caso del endeudamiento indirecto.....</b>	<b>159</b>
<b>6. La imposibilidad del contribuyente peruano de probar que ha actuado bajo el Principio de Independencia a efectos que no se aplique la SAAR de tipo subcapitalización .....</b>	<b>161</b>
<b>7. ¿Debe mantenerse la SAAR de tipo subcapitalización en nuestra LIR? .....</b>	<b>164</b>
<b>8. Nuestra Propuesta Legislativa .....</b>	<b>166</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>174</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>178</b>
<b>Evolución cronológica de la SAAR de tipo subcapitalización en la legislación peruana ..</b>	<b>178</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>188</b>

## REFERENCIA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

<b>BEPS</b>	Base Erosion and Profit Shifting
<b>CT</b>	Código Tributario peruano
<b>OCDE</b>	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
<b>GAAR</b>	General Anti-Avoidance Rule / Norma Antielusiva General
<b>LIR</b>	Ley de Impuesto a la Renta peruana
<b>SAAR</b>	Specific Anti-Avoidance Rule / Norma Antielusiva Específica
<b>SUNAT</b>	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar si debe mantenerse en el ordenamiento jurídico tributario peruano la recientemente modificada norma antielusiva específica (en adelante, *Specific Anti-Avoidance Rule* o SAAR) de tipo subcapitalización contenida en el literal a) del artículo 37° de nuestra Ley de Impuesto a la Renta, según Texto Único Ordenado publicado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF (en adelante, LIR), o, si por el contrario, son suficientes para combatir la subcapitalización, las normas de valor de mercado y de precios de transferencia contenidas en la LIR y/o la Norma Antielusiva General (en adelante, *General Anti-Avoidance Rule* o GAAR), regulada a través de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario peruano, según Texto Único Ordenado publicado mediante Decreto Supremo N° 133-2013-EF, (en adelante, CT) la cual otorga a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, SUNAT) la facultad de recalificar económicamente una operación y atribuirle el tratamiento tributario que corresponda en la realidad a esta última.

Nuestro interés en el objetivo planteado se sustenta en el hecho de que las legislaciones comparadas combaten la subcapitalización de modo distinto, regulación que responde a su realidad y a su tradición. Así, algunas legislaciones no la regulan, otras la combaten aplicando la GAAR, otras aplicando las normas de valor de mercado y la SAAR de precios de transferencia, otras mediante SAAR de tipo subcapitalización con criterios inflexibles, y otras con diversas exclusiones. Algunas de las SAARs de tipo subcapitalización, son aplicables sólo a operaciones con empresas vinculadas, otras a todas las operaciones, y otras se limitan a operaciones con el exterior o transfronterizas.



A efectos de una comprensión ordenada, hemos organizado nuestra investigación en tres capítulos. En el primero de ellos describiremos ¿Qué es la subcapitalización?, entendiendo inicialmente por dicha situación objetiva, a la consecuencia de la decisión de las empresas por financiarse a través de endeudamiento en lugar de fondos propios únicamente con la finalidad de obtener la ventaja fiscal de poder deducir los intereses como gasto y así reducir/erosionar la base imponible sobre la cual calculan su Impuesto a la Renta.

Para entender cuándo una empresa está subcapitalizada recurriremos a las finanzas corporativas a efectos de explicar cómo se determina usualmente la relación deuda/capital en una empresa. Ello, con la finalidad de determinar cuándo estas podrían financiarse con un instrumento de capital y cuándo con uno de deuda; y si es razonable que la Administración Tributaria ostente los poderes para recalificar económicamente un financiamiento realizado con un instrumento de deuda, a uno de capital. Finalizaremos nuestro primer capítulo describiendo los métodos propuestos inicialmente por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) con el objetivo de neutralizar esta situación.

En nuestro segundo capítulo se estudia la Acción 4 del Plan *Base Erosion and Profit Shifting* (en adelante, BEPS) propuesta por la OCDE, la cual recomienda la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros como una medida para combatir la erosión fiscal, enfatizando el estudio de las cláusulas antielusivas –GAAR y SAAR- respectivamente, tomando en cuenta que las normas que limitan la subcapitalización, tal como lo hemos precisado al inicio de esta introducción, corresponde a una SAAR,



analizando la relación entre la GAAR y la SAAR, y si la primera es suficiente o se requiere a la SAAR como un “puerto seguro” (*safe harbor*), léase como una norma que establezca de manera indubitable cuándo una empresa está subcapitalizada, de modo que los contribuyentes estén advertidos y la Administración Tributaria tenga un actuar limitado, o si más bien constituye una directriz que coadyuve a esta última entidad a aplicar la GAAR. Culminamos nuestro segundo capítulo detallando cómo se regula/combate la subcapitalización en algunos países representativos, de modo que proporcionemos a nuestro trabajo un correlato práctico.

Finalmente, en nuestro tercer capítulo analizaremos la norma que combate la subcapitalización contenida en la LIR, léase la que estuvo vigente hasta el 2018 y la que rige a partir del año 2019 y la que regirá a partir del año 2021, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1424, con especial énfasis en las exclusiones, y absolveremos nuestra interrogante inicial planteada respecto de si debe mantenerse la norma de subcapitalización en los términos actuales – o debería mantenerse con mejoras-, o si son suficientes para evitar la situación que persigue – es decir, la erosión de la base imponible mediante la deducción de intereses- las normas de valor de mercado y las normas de precios de transferencia y la “calificación económica” contenida en la norma antielusiva general GAAR, regulada en la Norma XVI del Título Preliminar del CT.

## CAPÍTULO I:

### ¿QUÉ ES LA SUBCAPITALIZACIÓN?

El glosario de tributación internacional de la *International Bureau of Fiscal Documentation* (en adelante, IBFD) citado por (Bertholo, 2017)<sup>1</sup> señala:

Una empresa se considera ‘subcapitalizada’ cuando posee una alta proporción de endeudamiento en relación con su capital social. Esa relación también es denominada como apalancamiento de capital o ratio deuda / patrimonio neto. Las dos pruebas más comunes empleadas para determinar si la proporción es muy alta son: En primera instancia, el principio *arm’s length*, es decir, la asunción de que un tercero independiente no haría un préstamo en las mismas condiciones a una empresa subcapitalizada, y, en segundo lugar, respecto a una proporción fija de patrimonio neto / deuda. En algunas ocasiones, las dos pruebas se

---

<sup>1</sup> Es preciso indicar que la presente cita fue escrita originalmente en portugués por el autor brasileño Bertholo: “O glossário de tributação internacional do International Bureau of Fiscal Documentation (“IBFD”) define subcapitalização da seguinte forma (livre tradução): “Uma empresa é considerada ‘subcapitalizada’ quando possui uma alta proporção de endividamento em relação ao seu capital social. Essa relação também é denominada como alavancagem de capital ou ratio dívida/patrimônio líquido. Os dois testes mais comuns empregados para se determinar se a proporção é muito alta é, primeiramente, com referência ao princípio do arm’s length (a assunção de que um terceiro independente não faria um empréstimo nas mesmas condições a uma empresa subcapitalizada) e, em segundo lugar, por referência a uma proporção fixa de patrimônio líquido/dívida. Às vezes os dois testes podem ser empregados em conjunto, de forma que a proporção fixa é empregada como uma margem de segurança (safe harbor). Diversos países possuem regras para desestimular a subcapitalização, especialmente em um contexto internacional. O financiamento excessivo de empresas domésticas por credores estrangeiros é visto por esses países como uma erosão da base de cálculo do imposto devido nesses países (o pagamento de juros, em contraste com o pagamento de dividendos é, em geral, dedutível). Em linhas gerais, tais regras limitam a dedutibilidade das despesas com juros que excedam os níveis permitidos. Além disso, em alguns países, os financiamentos são requalificados como contribuições ao capital social da empresa e os juros (incluindo impostos retidos na fonte) são tratados como distribuição de lucros para fins tributários”. En IBFD, *International Tax Glossary*, 4a ed., IBFD, 2005, p. 357.” Traducción libre.

pueden emplear en conjunto, de modo que la proporción fija se emplea como margen de seguridad denominada (*safe harbor*). Diversos países poseen reglas para desalentar la subcapitalización, especialmente en un contexto internacional. La financiación excesiva de las empresas domésticas por los acreedores extranjeros es visto por esos países como una erosión de la base de cálculo del impuesto (el pago de intereses, en contraste con el pago de dividendos es, en general, deducible). En líneas generales, estas normas limitan la deducibilidad de gastos por intereses que excedan los niveles permitidos. Además, en algunos países, los financiamientos son recalificados como aportaciones al capital social de la empresa y los intereses (incluyendo los impuestos retenidos en la fuente) son computados como distribución de beneficios para efectos tributarios (Bertholo, 2017, p. 313).

En esta definición observamos que para que una empresa -entendiéndose por el concepto de “empresa” a aquella entidad que con o sin personería jurídica realiza actividades donde conjuga el trabajo y el capital- (Broseta, 1994) se considere subcapitalizada, es necesario la existencia de un elevado nivel de endeudamiento en relación a su capital social que implique la generación de intereses.

Asimismo, de la definición del IBFD, notamos que no toda subcapitalización es proscrita por el derecho tributario doméstico, sino únicamente aquella que erosiona la base imponible sobre la cual se calcula el Impuesto a la Renta de la empresa, por lo que el punto importante será determinar a partir de que momento se erosiona la base imponible y cuál sería el mejor método para constatar tal erosión.

**1. Las clases de subcapitalización en una empresa según el Derecho Societario:  
la subcapitalización material y la subcapitalización nominal o formal**

El Derecho Societario diferencia dos clases de subcapitalización en una empresa: la material y la nominal o formal, las cuales son explicadas por (Palao, 2001) en los siguientes términos:

La subcapitalización es la situación de una sociedad cuyo capital es inferior al que se considera adecuado. Son dos los motivos por los que el capital de una sociedad se puede considerar inferior al adecuado: porque la sociedad carece de los recursos necesarios para su funcionamiento o porque sus recursos no consisten en fondos propios. El primer caso se conoce como subcapitalización material y el segundo se conoce como subcapitalización formal. (p. 695)

La subcapitalización material, en palabras de Lete (citado por Chirinos, 2008): “responde a situaciones en las que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada” (p. 298).

En términos de (Chevarría, 2008): “[...] se trata de circunstancias en las cuales los socios o accionistas no proporcionan los recursos necesarios para el funcionamiento de la empresa, con lo cual se ocasiona una insuficiencia de capital” (p. 12).

Las consideraciones anteriores revelan el hecho de que una sociedad subcapitalizada materialmente no puede garantizar el cumplimiento de sus cargas

financieras. Entonces, la consecuencia de la insuficiencia de recursos económicos que respalden las acreencias debidas genera transferencia del riesgo de la sociedad subcapitalizada hacia sus acreedores, produciendo esta situación una externalidad negativa para la sociedad.

Por su parte, el caso de la subcapitalización nominal:

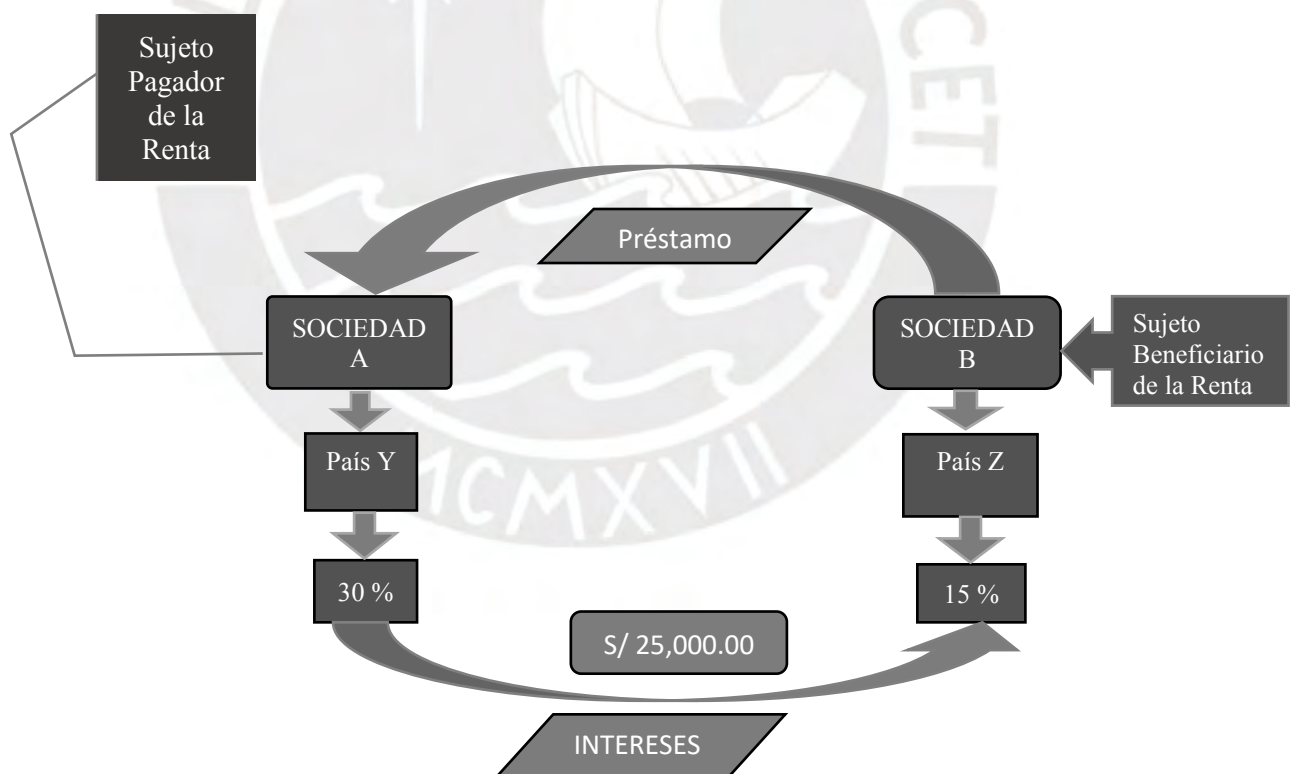
(..) no se produce una situación de insuficiencia de capital, sino que se produce cuando una sociedad (...) presta fondos a otra sociedad (...) para lograr la repatriación de los beneficios a través del pago de intereses del préstamo concedido y no mediante la percepción de dividendos que correspondan (...) como socio de la entidad. (Lete, citado por Chirinos, 2008, p. 298)

Es esta segunda clase de subcapitalización societaria la que se analiza en el presente trabajo y que es aquella que es proscrita por diversas legislaciones tributarias domésticas mediante normas que limitan la deducción de intereses, pues parten del supuesto que estas operaciones de préstamos, a la fecha tanto en el ámbito internacional como nacional, se encuentran precedidas de un objetivo fiscal específico: la reducción de la base imponible vía deducción de intereses en el Impuesto a la Renta de la empresa prestamista. En esa línea de ideas, precisamos que estudiamos en el presente trabajo a la subcapitalización que surge de operaciones celebradas en un contexto local (nacional), como en el internacional, así como entre sujetos vinculados y no vinculados.

En efecto, la limitación que la legislación tributaria concede a la subcapitalización nominal surgió en el contexto de las empresas multinacionales (ámbito internacional y

entre sujetos vinculados), aunque hoy se haya trasladado también al ámbito local, y a los no vinculados. Ello porque en el caso de las multinacionales, gracias a su presencia en diversas jurisdicciones, estas tienen la capacidad de colocar niveles más altos de endeudamiento en empresas situadas en países con alta carga tributaria, utilizando préstamos intragrupo para generar deducciones con gastos financieros superiores a los gastos de intereses efectivamente pagados por el grupo a terceros (Bertholo, 2017)<sup>2</sup>.

A continuación, mediante un ejemplo, graficamos un caso de subcapitalización nominal a través del cual se puede observar porque la mayoría de jurisdicciones limita la deducibilidad de intereses de la base imponible sobre la cual se calcula el Impuesto a la Renta, de modo que sea más fácil nuestro entendimiento del tema:



<sup>2</sup> Cita original en portugués: “Essa questão é ainda mais relevante quando inserida no contexto das empresas multinacionais. Assim, multinacionais conseguem obter resultados fiscais favoráveis ajustando o valor da dívida em determinada entidade do grupo. Por conta da sua presença em diversas jurisdições, elas possuem capacidade para colocar níveis mais altos de endividamento em empresas situadas em países com alta carga tributária, utilizando-se de empréstimos intragrupo para gerar deduções com despesas financeiras superiores às despesas de juros efetivamente pagas pelo grupo a terceiros”. Traducción libre.



Fuente: Elaboración propia.

*La Sociedad A reside en el país “Y”, mientras que la Sociedad B reside en el país “Z”. La Sociedad A y la Sociedad B son vinculadas al permanecer en un mismo grupo multinacional. La Sociedad B concede un préstamo a la Sociedad A, por el cual paga intereses por S/ 25,000.00. En el país “Y” el impuesto corporativo es de 30%, mientras que en el país “Z” es de 15%.*

*En la práctica, en el caso graficado, el ahorro tributario que genera este préstamo para la Sociedad A es de S/ 7,500.00 (puesto que tiene un escudo fiscal del 30% sobre los S/ 25,000 que pagará a la Sociedad B por concepto de intereses). Por su parte, la Sociedad B tendrá un ingreso impositivo por S/ 25,000.00, monto al que se le aplica la tasa del 15%, pagando entonces S/ 3,750.00 en el país “Z” (15% de S/ 25,000.00). Así las cosas, el saldo neto entre el ahorro de la Sociedad A y la Sociedad B (recuerde que son sociedades vinculadas) implica un ahorro tributario en conjunto de S/ 3,750.00, puesto que si bien en el País Y hay un ahorro de S/ 7,500.00, en el País Z se debe pagar S/. 3,750.00.*

En este punto, la pregunta que surge es ¿Por qué el Derecho Tributario limita este beneficio tributario? ¿No es acaso un derecho de los contribuyentes el buscar la mayor eficiencia en el pago de tributos?

El problema que genera la subcapitalización es que este ahorro tributario se obtiene denominando préstamo o endeudamiento a una erogación que en estricto tiene la característica de capital y que debería ser remunerada a través de dividendos y no a través

de intereses; siendo la única finalidad de estructurarlo como un préstamo, la ventaja tributaria que implica deducir los intereses como gasto de la base imponible sobre la cual se calcula el Impuesto a la Renta. No obstante, tal como lo hemos indicado previamente, el punto importante será determinar a partir de qué momento esta situación erosiona la base y cuál es el mejor método para constatar tal erosión, asegurándonos previamente si efectivamente nos encontramos ante un préstamo que en estricto debió ser capital, puesto que de lo contrario no nos encontraríamos ante un supuesto de subcapitalización.

Pero ¿Cómo se sabe cuándo una empresa está subcapitalizada nominalmente?, o ¿Cómo se sabe cuándo el capital de una empresa es inferior al adecuado y, por ende, el financiamiento que recibe como préstamo debiera ser capital?

## **2. Determinación de la relación deuda / capital en una Sociedad**

Aunque no existen fórmulas perfectas para determinar la relación correcta deuda/capital que debiera tener una empresa, léase cuando debe financiarse con recursos propios y cuando con externos, a continuación, describimos tres **factores de importancia que condicionan tal relación** (Ross, Westerfield y Jaffe, 2018), que están íntimamente relacionadas con la capacidad de endeudarse de las empresas y, por lo tanto, de incurrir en un supuesto de subcapitalización:

**Impuestos:** Las empresas tienen una finalidad de lucro. Por ende, buscan la mayor ganancia posible al menor costo tributario. Así las cosas, las empresas elegirán endeudarse en lugar de capitalizarse cuando ello les genere una ventaja a nivel impositivo

considerando que, por lo general, los intereses son deducibles para propósitos fiscales y reducen, por tanto, la base imponible.

**Tipos de activos:** Sin perjuicio de lo anterior, los impuestos no son el único factor que influye en la relación deuda / capital de una sociedad. El tipo de activo que poseen las sociedades influenciará en la estructura financiera de su capital. Esto significa que mientras más líquidos sean sus activos, las sociedades optarán por un mayor endeudamiento –porque también tienen más capacidad de endeudarse. Por ejemplo, si la sociedad invierte en activos tangibles, tendrá costos más pequeños que una empresa con una inversión intangible como, por ejemplo, si invierte en investigación y desarrollo. Ello porque, por lo general, la investigación y el desarrollo tienen menor valor de reventa que un inmueble; por lo tanto, ante un desastre financiero, la mayor parte del valor del intangible tiende a desaparecer. En consecuencia, las empresas que tienen fuertes inversiones en activos tangibles se endeudan más que las empresas con intangibles, puesto que las primeras tienen más posibilidades de obtener financiamiento externo.

**Incertidumbre sobre la utilidad de operación:** Las empresas con una utilidad de operación incierta tienen una alta probabilidad de experimentar dificultades financieras, incluso sin deuda. Por lo tanto, estas sociedades deben financiarse con capital. Por ejemplo, las empresas desarrolladoras de tecnología tienen una utilidad de operación incierta porque nadie puede predecir si una investigación que se lleva a cabo hoy generará bienes que sean rentables. En consecuencia, estas empresas, por lo general, emiten poca deuda. En contraste, la utilidad de operación de empresas ubicadas en industrias reguladas, como las compañías de servicios públicos, por lo general tienen poca volatilidad. En comparación con otros sectores, las compañías de servicios públicos usan

una gran cantidad de deuda, puesto que resultan más atractivas para los financistas externos. (Ross et al., 2018, p. 547)

Así las cosas, el financiamiento mediante deuda es más atractivo para las empresas que tienen mejores condiciones de liquidez, financieras y de rentabilidad que el financiamiento a través de capital (Van Horne y Wachowicks, 2010).

Al margen de los factores que influyen en la elección de la razón de deuda / capital para el desarrollo de las actividades empresariales de una sociedad, es indudable que dicha elección presenta un impacto fiscal distinto en la percepción de los beneficios netos de la misma. Por tal razón, la elección de una mayor deuda implica una ventaja competitiva dado que los intereses son deducibles a efectos fiscales, mientras que la elección de capital no conduce a deducción alguna, puesto que los dividendos no son deducibles de la base imponible y, por ende, no generan ahorro tributario alguno.

Entonces, podemos señalar que la subcapitalización surge “al momento de financiar operaciones, siendo ella una desproporción entre el financiamiento con deuda o recursos de terceros y el financiamiento con capital o recursos propios, con el solo objetivo de aprovechar ventajas tributarias” (Burgos y Sepúlveda, 2016, pág. 55)

En ese punto nos preguntarnos ¿A quién le corresponde cuantificar el nivel de riesgo asociado a la estructura de capital adoptado por una sociedad en particular? El absolver esta pregunta es fundamental porque permitirá establecer si la empresa puede endeudarse o no. Consideramos que la respuesta a esta pregunta se obtiene desde la rama de las finanzas corporativas, la cual demuestra que es el director financiero quien se ocupa

de las siguientes interrogantes: “¿El tipo de financiamiento empleado marca la diferencia? Si es así, ¿Por qué? Y, en cierto sentido, ¿Se puede considerar una mezcla de financiamiento como la mejor?” (Van Horne y Wachowicz, 2010, p. 3).

Cuando las sociedades deciden obtener un crédito, generalmente es el director/gerente de finanzas el responsable de esta “decisión de financiamiento (*financing decision*)” (Pesaque, 2007, p. 9) y quien responde ante los accionistas y ante sus órganos societarios por ésta. Entonces, si son los propios ejecutivos de la sociedad quienes deciden cuál es la estructura de capital (relación deuda capital) más conveniente para sus empresas, a priori no sería factible admitir que un tercero ajeno a la empresa, como lo es la Autoridad Tributaria, limite el nivel de deuda que puede soportar, ya que son los órganos de la sociedad, como la Gerencia y el Directorio, los responsables de su administración y quienes finalmente responden frente a sus accionistas sobre las decisiones adoptadas con respecto a sus recursos financieros.

Ahora bien, señalábamos que la segunda idea clave extraída de la definición de subcapitalización dada por la IBFD está relacionada a la consecuencia tributaria derivada del pago de intereses, en contraste con el pago de dividendos. Esa comparación indica que para las sociedades resulta más eficiente en términos económicos el optar por contraer préstamos antes que entregar aportes de capital.

En efecto, corresponde explicar que el financiamiento mediante deuda proporciona a la sociedad una suerte de “escudo fiscal” como (Pesaque, 2007) explica a continuación:

Los intereses que una empresa paga por su servicio de deuda podrán ser deducidos para determinar cuál es su renta neta gravable. La distribución de dividendos (que sería la forma de remunerar a quienes han invertido en capital) no sólo no permite una deducción de gastos, sino que en la medida en que sean distribuidos a personas naturales o personas jurídicas no domiciliadas, estarán gravados con el Impuesto a la Renta. (Pesaque, 2007, p. 18)

Así, la presencia de esta consecuencia tributaria determina una inclinación bastante inteligente por parte de los accionistas de la sociedad a financiar sus sociedades mediante el financiamiento externo. En tal sentido, si el único factor para endeudarse fuera el tributario parecería justificada la intervención de un tercero para limitar la deducción de tales intereses. Pero, como hemos mencionado previamente, existen otras circunstancias (tipos de activos, incertidumbre por la utilidad) que intervienen en la decisión de financiarse.

### **3. Tipos de financiamiento que puede obtener una empresa: externo e interno**

Existen fuentes de financiamiento tanto externas como internas. A decir de Pesaque (2007) las tres modalidades básicas de financiamiento externo a las cuales pueden recurrir las empresas son: “(i) la emisión de acciones (financiamiento vía capital); (ii) la emisión de instrumentos de deuda o contratos de préstamo (deuda a largo plazo); y, (iii) las cuentas comerciales y deuda a corto plazo” (p. 9).



Por su parte, la fuente de financiamiento interno proviene de “los recursos líquidos de la misma empresa, que consiste en la aplicación de utilidades retenidas” (Pesaque, 2007, p.9).

Así las cosas, el profesor español (Cencerrado, 2010) señala que desde la perspectiva del Derecho Tributario: “la subcapitalización es estudiada como aquella situación en la que la prevalencia de los recursos ajenos [financiamiento externo] sobre los fondos propios [financiamiento interno] en la financiación de una sociedad supone una pérdida recaudatoria para la Hacienda Pública” (p. 637).

En esa misma línea, la profesora española (Villar, 1998) señala que la subcapitalización en las empresas representa:

El exceso de financiación por préstamos en proporción a la cifra de recursos propios que preocupa a las autoridades fiscales, hasta el punto de que en muchos países se han arbitrado normas específicas para rechazar las ventajas impositivas en caso de exceso o abuso en la elección de las fórmulas de financiación. (p. 192)

En este punto y a efectos de entender la subcapitalización en su real dimensión, nos preguntamos ¿qué se entiende por instrumento de capital (financiamiento interno), instrumento de deuda (financiamiento externo) e instrumento híbrido?

#### **4. Instrumento de capital, instrumento de deuda e instrumento híbrido**

Tal como lo reconoce la propia OCDE a través de sus Comentarios a los artículos 10° y 11° del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio (en adelante, MC OCDE), las definiciones de instrumento de capital, instrumento de deuda y instrumento híbrido corresponden al ordenamiento jurídico de cada Estado. Es decir, son las legislaciones internas las que determinan si una aportación en particular se considera deuda, capital o corresponde a otro instrumento financiero.

No obstante, ello, a fin de ilustrar las razones subyacentes a la opción finalmente adoptada por el inversionista, a continuación estudiaremos los conceptos de estos instrumentos desarrollados por la OCDE, que en sus Comentarios al MC OCDE incorporan las conclusiones del Informe sobre Subcapitalización analizado en 1986<sup>3</sup>.

Cabe indicar que las definiciones reseñadas que refieren al MC OCDE son en estricto aplicables en un contexto de doble tributación internacional donde un Convenio para Evitar la Doble Imposición (en adelante, CDI) surte sus efectos, mas consideramos que las mismas sirven de soporte para determinar la verdadera naturaleza de un financiamiento.

---

<sup>3</sup> Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE “*Le Sous-Capitalisation*” - *Questions de Fiscalité Internationale*, N° 3, París, 1987.

#### 4.1 Instrumento de capital

Un instrumento de capital es un mecanismo a través del cual una persona, natural o jurídica, concede un aporte a un negocio, a todo riesgo. Si el aportante producto de su actuar obtiene ganancia alguna, esta puede ser exponencial y se verá remunerada a través de dividendos, pero del mismo modo, la pérdida podría ser total, al no estar asegurada.

Las empresas clasificadoras de riesgo *Standard & Poor's* y *Moody's* citadas por (Núñez, 2010) señalan que un instrumento de capital presenta las siguientes características:

- i) no tiene plazo de vencimiento,
- ii) no conlleva la exigencia de pagos que puedan derivar en incumplimiento (*default risk*); e,
- iii) implica la absorción de pérdidas por parte de los tenedores en caso de quiebra o liquidación de la empresa emisora. (p. 163)

Así las cosas, los instrumentos de capital tienen como característica principal ser instrumentos de renta variable debido a que el retorno esperado no es seguro, no es fijo, ni determinable, sino más bien se encuentra condicionado a los resultados de la actividad empresarial. Bajo este escenario, la inversión realizada en estos instrumentos implica la asunción de un mayor riesgo debido a la participación en el resultado final de la inversión en la empresa emisora (Barreto, 1999).

Como consecuencia, el valor de retorno de un accionista – que invierte bajo un instrumento de capital- es ilimitado en la medida en la que participa del crecimiento económico de la empresa, asumiendo también los riesgos de las pérdidas del negocio en calidad de titular de su participación societaria (Bertholo, 2017)<sup>4</sup>.

En efecto, las acciones, como instrumento de capital por excelencia, representan una participación social en la propiedad de la empresa y, por lo tanto, constituyen un derecho residual. Esto significa que los accionistas recibirán el pago que les corresponde únicamente después de que se les haya pagado a los acreedores (Ross et al., 2018). Por tal razón, se afirma que los accionistas son titulares residuales sobre los activos y los flujos de caja de la sociedad.

En este punto, habiendo identificado a las acciones como el típico instrumento de capital, consideramos pertinente referirnos a si las acciones preferentes califican como instrumentos de capital o de deuda en tanto estas conceden el derecho a percibir una ganancia en todos los supuestos, léase la ganancia no está condicionada, motivo por el cual surge esta disyuntiva. Ello principalmente porque, absuelta esta duda, entenderemos con claridad cuándo nos encontramos ante un instrumento de capital y cuándo no.

A este respecto se entiende que:

---

<sup>4</sup> “Como consequência dessa estrutura, a taxa de retorno de um acionista ou sócio é ilimitada, na medida em que ele participa no crescimento econômico da empresa. Assim, um detentor de participação societária assume a posição de embarcar na aventura do empreendimento, assumindo os riscos das perdas”. Cfr. Bertholo, Matheus. *Análise das Regras Fiscais de Combate à Subcapitalização de Empresas no Brasil e no Mundo*. En: Memórias del premio latinoamericano de investigación (Convocatorias 2012-2017). Bolivia: Comité Regional Latinoamericano de la International Fiscal Association - IFA Traducción libre., 2017, p. 313. Traducción Libre.

Las acciones preferentes difieren de las acciones comunes porque tienen preferencia sobre las primeras en el pago de dividendos y en la distribución de los activos de la empresa en caso de liquidación. En tal sentido, “preferencia” significa que los tenedores de esta clase de acciones deben recibir el dividendo (en el caso de una empresa en operación) antes que los tenedores de las acciones comunes. Las acciones preferentes no tienen habitualmente fecha de vencimiento y son una forma de capital de una empresa desde el punto de vista jurídico y fiscal. Sin embargo, es importante señalar que los tenedores de acciones preferentes por lo general no tienen derechos de votación (Ross et al., 2018, p. 474).

Entonces: ¿Las acciones preferentes son instrumento de capital o de deuda? Sobre el particular Ross et al. (2018) señalan:

Se puede argumentar convincentemente que las acciones preferentes son, en realidad, deuda disfrazada. Los accionistas preferentes reciben solo un dividendo estipulado y, si se liquida la empresa, ellos obtienen el valor acordado. A menudo, las emisiones de estas acciones reciben calificaciones crediticias al igual que los bonos. Además, las acciones preferentes son a menudo amortizables, lo que permite al emisor recomprar o “llamar” – “*call*”, parte o todo el monto a un precio determinado. Aunque normalmente no tienen fecha de vencimiento, en muchos casos tienen fondos de amortización obligatorios. Un fondo de amortización requiere que una empresa retire una porción de su acción preferente cada año. La existencia de este fondo crea un vencimiento final porque implica que toda la emisión se retirará. Por estas razones, las acciones preferentes se parecen mucho a la deuda. No obstante, para efectos fiscales, los dividendos de las acciones

preferentes se tratan igual que los dividendos de las acciones comunes (Ross et al., 2018, p. 475).

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar que por lo general la legislación comparada califica a las acciones preferentes como un instrumento de capital, tal como ocurre también en la peruana.

En este punto es de precisar que el Comentario 15 del Apartado 2 del Artículo 10° del MC OCDE define al capital como:

[...] El término “capital” se utiliza a propósito del tratamiento fiscal de los dividendos, es decir, de las distribuciones de beneficios hechas a los accionistas. El uso de dicho término en este contexto exige que el mismo sea empleado en el sentido utilizado a efectos de las distribuciones al accionista (en este caso, la sociedad matriz) [...].

- a) Como regla general, el término “capital” [...] debe entenderse tal como se hace en el derecho de sociedades. Otros elementos, particularmente las reservas, no se toman en consideración.
- b) El capital, como en el derecho de sociedades, deberá indicarse por el valor nominal total de las acciones, que aparecerá dentro de la rúbrica “capital” del balance de la sociedad en la mayor parte de los casos.
- c) No procede tener en cuenta las diferencias debidas a las diversas clases de acciones emitidas (acciones ordinarias, acciones preferentes, acciones con voto plural, acciones sin derecho a voto, acciones al portador, acciones nominativas, etc.) pues estas diferencias se refieren más a la



naturaleza de los derechos de que dispone el accionista que a la importancia de la participación en el capital.

d) Cuando un préstamo o cualquier otra aportación a la sociedad no constituya capital, en el sentido estricto de la legislación de sociedades, pero según el derecho o los usos internos (subcapitalización, asimilación de un préstamo al capital social) la renta que proceda de los mismos se considere como dividendo en virtud del artículo 10, el valor de este préstamo o de esta aportación debe considerarse también como “capital” [...]. (Énfasis añadido). (OCDE, 2011, pág. 196)

Por su parte, el Comentario 25 del Apartado 3 del Artículo 10° del MC OCDE precisa lo siguiente:

El artículo 10 contempla no solamente los dividendos en sentido estricto, sino también los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad; es decir, cuando el reembolso depende en gran medida del éxito de la empresa. Los artículos 10 y 11 no impiden, en consecuencia, el tratamiento de este tipo de intereses como dividendos, en aplicación de la normativa interna del país del prestatario relativa a la subcapitalización. La cuestión de precisar cuándo el prestamista comparte los riesgos de la empresa debe apreciarse en cada caso particular a la luz del conjunto de circunstancias, como, por ejemplo, las siguientes:

- El préstamo supera, en gran medida, las restantes aportaciones al capital de la empresa (o ha sido concertado para reemplazar una parte importante del capital que se ha perdido) y su cuantía no guarda una proporción razonable con los activos amortizables;
- El acreedor participa en los beneficios de la sociedad;
- El reembolso del préstamo está subordinado al reembolso de las deudas correspondientes a otros acreedores o al pago de dividendos;
- La cuantía o el pago de los intereses depende de los beneficios de la sociedad;
- El contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula que prevea el reembolso en un plazo determinado. (Énfasis añadido). (OCDE, 2011, p. 198)

De los comentarios citados al artículo 10° del MC OCDE, entendemos que se permite calificar como instrumento de capital a los préstamos a la luz de la norma de subcapitalización de la legislación doméstica del país del prestatario, así como también podría hacerse respecto de las acciones preferentes, siempre y cuando el prestamista y el accionista preferente compartan el riesgo de la operación. En efecto, si la citada recalificación se produce atendiendo al Principio de Independencia (estipulado en el Artículo 9° del MC OCDE) deberá ser aceptada y considerarse como instrumento de capital.

## 4.2 Instrumento de Deuda

Un instrumento de deuda es aquel en el cual el concedente entrega una erogación a un tercero con la finalidad de obtener en un tiempo determinado, una ganancia tasada, limitada por ley y asegurada.

Por su parte, para (Ferrero, 2012) son dos las características legales esenciales de un instrumento de deuda: el plazo de vencimiento y el tratamiento tributario, los cuales explicaremos a continuación:

**a. Plazo de vencimiento:** La característica de la deuda es su plazo de vencimiento. La obligación de repago incorporará al principal (monto originalmente invertido) más el interés previamente convenido. Si el principal o los intereses de la deuda no son repagados dentro del plazo preestablecido, ello puede devenir en un incumplimiento (*event of default*) que normalmente acarrea la opción del prestatario de solicitar la resolución del contrato y la aceleración de los pagos del principal de la deuda más los intereses.

Para los inversionistas, la deuda ofrece menor riesgo que instrumentos alternativos sobre los flujos futuros de la empresa. Por ejemplo, la deuda es menos riesgosa que el capital porque entre otros elementos:

- (i) Tiene un periodo de vencimiento,
- (ii) Tiene una tasa de rendimiento fijo que debe ser pagada por la empresa luego del cálculo de sus utilidades operativas, por lo que su pago no depende de la rentabilidad o bonanza financiera de la empresa,

(iii) En caso la empresa deje de pagar la deuda, los titulares de la misma (por ejemplo, los bonistas), tienen un derecho preferente sobre cualquier otro titular de reclamos frente a la empresa (salvo en materia concursal), de cobrarse lo adeudado del monto resultante de la venta de los activos de la empresa que se financió a través de deuda y,

(iv) Dado que la deuda es contractual le permite a quien presta incluir en los contratos de préstamo obligaciones (*covenants*) del prestamista, así como declaraciones y garantías (*representations and warranties*). Esto es, los titulares de deuda tienen preferencia absoluta sobre los titulares del capital de la empresa (accionistas).

**b. Tratamiento tributario:** Esta es la otra característica primordial de la deuda como fuente de financiamiento para la empresa. Siendo que el interés a ser pagado es deducible para la determinación de la renta gravable por el Impuesto a la Renta el costo del financiamiento externo es beneficioso, que el que ocurre mediante el financiamiento de capital.

Habiendo definido qué se entiende por instrumento de deuda, consideramos importante analizar en este punto si todo instrumento de deuda, a corto y a largo plazo, debe computarse para efectos de conocer si nos encontramos ante un supuesto de subcapitalización.

En ese sentido, para efectos de analizar si existe subcapitalización o no, debería computarse la deuda obtenida a largo plazo, pues generalmente las deudas a corto plazo cubren necesidades transitorias de financiación y no crean situaciones de subcapitalización (Ross et al., 2018).

Respecto a las características de la deuda a largo plazo que se deben tomar en cuenta para determinar si constituye un presupuesto ante una eventual situación de subcapitalización, (Ross et al., 2018) explican lo siguiente:

La deuda a largo plazo puede ser emitida en público o colocada en privado. [...] Existen muchos aspectos de la deuda a largo plazo, entre otros, garantías, cláusulas de redención, fondos de amortización, calificaciones y cláusulas de protección. (pp. 477-478)

En esa misma línea, (Montestruque, 2010) señala que, para efectos de determinar una situación de subcapitalización, no debe considerarse a las operaciones de corto plazo. Sobre el particular, la autora señala que “mientras el plazo del pago y las condiciones del mismo sean razonables y habituales en el sector [...], no puede decirse que estemos frente a una operación de financiación” (p. I-6) y por ende no debe ser considerada para efectos de determinar una situación de subcapitalización.

La misma autora afirma que respecto a la deuda a ser considerada dentro de una situación de subcapitalización, se incluirán las siguientes operaciones financieras, considerados instrumentos de deuda tales como: “préstamos, créditos participativos, deuda subordinada y obligaciones convertibles: y las operaciones de tipo comercial en las que el período de cobro sea sustancialmente mayor al normal de mercado, de modo que se da un supuesto de financiación encubierta” (Montestruque, 2010, p. I-6).

### 4.3 Instrumentos Híbridos

Consideramos finalmente a efectos de comprender las diferencias entre los distintos instrumentos de financiamiento, referirnos a los instrumentos híbridos. Tal como su nombre lo señala, estos instrumentos tienen características de instrumentos de capital, pero también de deuda.

En efecto, son instrumentos híbridos, las acciones preferentes perpetuas con derecho a dividendo acumulativo entre otros, la deuda subordinada no redimible, la deuda subordinada convertible obligatoriamente en acciones, entre otros.

Sobre el particular el autor brasileño Bertholo (2017) explica a los instrumentos híbridos de la siguiente manera:

Comprendiendo una “zona ceniza” entre el préstamo y la contribución al capital, existen los denominados **instrumentos financieros híbridos**. Tales instrumentos poseen características de contribución al capital social, pero también de préstamo. Como ejemplo de esos instrumentos podemos mencionar los préstamos convertibles en acciones, préstamos subordinados, préstamos con cláusulas de participación en las ganancias, etc. Así, no siempre es fácil de clasificar algunos instrumentos apenas como préstamos o apenas como participación societaria.

Como resultado de eso, una participación societaria puede ser, en verdad, una forma disimulada de préstamo. Por otro lado, el empleo de un



instrumento híbrido no implica la existencia de participaciones societarias disimuladas, o incluso, que tales instrumentos impliquen subcapitalización de la empresa. (p. 315)

Por su parte, Hariton citado por (Cores, 2010) indica que la clasificación tributaria de estos rendimientos debe seguir un criterio similar al que utilizan las agencias clasificadoras de riesgo en tanto:

No existen instrumentos totalmente puros de “deuda” o de “capital”. De este modo, cada atributo, sea de deuda o de capital, son agrupados a cada lado de una balanza. Luego de lo cual, un auditor se encarga de determinar para que lado esta se debe inclinar. (p. 25)

Asimismo, los instrumentos híbridos al contar con características de títulos accionarios que son tratados como deuda, inducen a que las sociedades traten de crear un valor de deuda que es capital en realidad para aprovechar los beneficios fiscales de la deuda y los beneficios fiscales de las acciones en caso de quiebra (Ross et al., 2018).

Finalmente, es importante señalar que al ser conveniente desde una perspectiva financiera utilizar financiamiento mediante instrumentos híbridos, estos no necesariamente implican conseguir un propósito específicamente tributario, es decir, recibir un tratamiento impositivo más favorable que aquél que le correspondería a un accionista al recibir dividendos de esta misma empresa. En efecto, la ventaja de los referidos instrumentos es precisamente manejar el pago de obligaciones en favor de los acreedores de modo que se preserve el patrimonio de la empresa, especialmente cuando

esta atraviesa una situación deficitaria. Sin embargo, en aplicación estricta del Principio de Neutralidad Tributaria, corresponde tratar de igual manera a todo tipo de financiamiento, independientemente de la forma en la que se llevan a cabo estas operaciones. Por tal razón, resulta necesario determinar, en base a la realidad económica y a las características de cada operación, si es que estamos ante una operación de financiamiento o si se trata de una operación instrumentada como financiamiento que reúne las características que la asemejan a un aporte de capital y debe recibir el tratamiento como tal (Aguilar, 2001, pág. 251)

## **5. El endeudamiento indirecto y los préstamos *back-to-back***

El endeudamiento indirecto está relacionado con los préstamos garantizados, es decir, con los préstamos otorgados por entidades de crédito no vinculadas, pero con la existencia de garantía por parte de un sujeto vinculado.

Al respecto, cabe precisar que no existe definición legal de este término, sin embargo, se considera como un tipo de endeudamiento indirecto a los créditos respaldados o préstamos *back-to-back*. Mediante esta fórmula, la entidad prestamista vinculada a manera de depósito o préstamo transfiere el dinero a la entidad financiera no vinculada para que esta última financie a la sociedad con dichos fondos. De modo que utilizando esta fórmula, “se canaliza la financiación con origen en una entidad vinculada a través de una entidad no vinculada” (Fernández Gonzáles, 2016, pág. 22).

Montestruque (2010) señala que un caso típico de este tipo de endeudamiento lo constituyen los préstamos *back-to-back*, brindando el siguiente ejemplo:

La sociedad matriz concede un préstamo a otra entidad, sea residente o no, y ésta a su vez concedería el préstamo a la sociedad residente; o cuando un prestamista (no residente) concierta un depósito en una entidad financiera no vinculada, que es quien, en una operación distinta y posterior realiza el préstamo con el prestatario final (residente) y que es una entidad vinculada con el primer prestamista de la cadena. (p. I-6)

En la misma línea (Chirinos, 2008) señala que en el denominado préstamo *back-to-back* existe un financiamiento indirecto debido a que “al utilizar a un tercer sujeto, este sólo se ubica como un intermediario operativo en la transacción. No obstante, ello no desnaturaliza el carácter del financiamiento, motivo por el cual los citados gastos financieros deberán ser incluidos en el cálculo” (p. 301).

Ahora bien, en la legislación tributaria peruana, el literal j) del artículo 56° de la LIR ha regulado a los préstamos encubiertos o back-to-back de la siguiente manera:

**Artículo 56.-** El impuesto a las personas jurídicas no domiciliadas en el país se determinará aplicando las siguientes tasas:

j) Otras rentas, inclusive los intereses derivados de créditos externos que no cumplan con el requisito establecido en el numeral 1) del inciso a) o en la parte que excedan de la tasa máxima establecida en el numeral 2) del mismo inciso; los intereses que abonen al exterior las empresas privadas del país por créditos concedidos por una empresa del exterior con la cual

se encuentra vinculada; o, **los intereses que abonen al exterior las empresas privadas del país por créditos concedidos por un acreedor cuya intervención tiene como propósito encubrir una operación de crédito entre partes vinculadas**: treinta por ciento (30%).

Lo dispuesto en el primer párrafo no será aplicable a las empresas a que se refiere el inciso b).

Se entiende que existe una operación de crédito en donde la intervención del acreedor ha tenido como propósito encubrir una operación entre empresas vinculadas, cuando el deudor domiciliado en el país no pueda demostrar que la estructura o relación jurídica, adoptada con su acreedor coincide con el hecho económico que las partes pretenden realizar.

De conformidad con el artículo citado, el legislador tributario ha tenido la intención de gravar la parte correspondiente a los intereses en exceso. Por tal razón, se aplica la tasa máxima de 30%. Así las cosas, una empresa no domiciliada vinculada, mediante un préstamo, no le es aplicable la tasa del 4.99%, sino de 30%. Toda vez que el prestador tiene como finalidad el encubrimiento de la operación entre sociedades vinculadas (léase *back-to-back*).

Por lo tanto, se entiende que existe una operación de crédito indirecto cuando la intervención del acreedor ha tenido como propósito encubrir una operación entre empresas vinculadas. Esto es, el deudor domiciliado en el país no pueda demostrar que la estructura o relación jurídica, adoptada con su acreedor coincide con el hecho económico que las partes pretenden realizar. Siendo así las cosas, no existe concordancia entre la forma y el contenido de la operación económica efectivamente realizada, y en virtud de

ello, le es aplicable la retención debido a que el contribuyente tuvo la intención de erosionar la base imponible del Impuesto a la Renta peruano.

No obstante lo anterior, en este punto nos preguntamos si ante un “*back to back*” adicionalmente al incremento en la tasa de la retención, debería recalificarse la operación a un instrumento de capital al constatarse un supuesto de subcapitalización. La respuesta a dicha interrogante para la legislación peruana se desarrolla en el acápite 5 de nuestro tercer capítulo. Como antesala debemos señalar que la respuesta a dicha interrogante debería ser sí, puesto es claro que el endeudamiento indirecto es en estricto un instrumento de capital, pero el problema es que la forma de detectarlo de modo certero es casi imposible o constituye una prueba casi diabólica para la Administración Tributaria.

#### **6. Diferencias entre el financiamiento a través de un Instrumento de Capital y a través de un Instrumento de Deuda**

Después de haber analizado la definición de instrumentos de deuda, de capital e híbridos, tomando en consideración las consecuencias tributarias derivadas de la utilización de uno u otro instrumento, las empresas para obtener recursos pueden decidir emitir valores de capital o de deuda, evaluando el tratamiento diferenciado conferido a las rentas generadas por instrumentos representativos de deuda, de aquellas generadas por instrumentos representativos de capital.

Como hemos podido estudiar, es justamente el tratamiento tributario diferenciado para dividendos e intereses “el que puede inducir a financiar un proyecto con recursos ajenos en lugar de recursos propios o aún más a utilizar esquemas de financiación ajena

ocultando una verdadera participación en el capital de la sociedad” (Montestruque, 2010, p. I-4).

Por ello, a modo de resumen, en el siguiente cuadro comparativo, explicamos los aspectos diferenciales entre la financiación a través de Instrumentos de Capital y a través de Instrumentos de Deuda:

<b>Aspecto</b>	<b>Financiación a través de Instrumentos de Capital</b>	<b>Financiación a través de Instrumentos de Deuda</b>
• <b>Retribución</b>	Dividendos.	Intereses.
• <b>Tratamiento fiscal</b>	Son gravados con la tasa empresarial previa declaración de utilidad tributaria.  Asimismo, en Perú, se encuentran sujetos a una tasa adicional de existir disposición indirecta.	Constituyen gasto para determinar la utilidad tributaria, reduciendo la renta neta imponible.
• <b>Control</b>	Se ejerce a través del derecho de voto.	Mediante el contrato de préstamo.
• <b>Rendimiento</b>	Variable.	Fijo.
• <b>Escenario de Liquidación</b>	Sólo existe derecho a cobrar si hay remanente social.	Se cobra antes de los accionistas.
• <b>Reembolso</b>	El plazo no está determinado (salvo en casos de reducción de capital).	El pago del principal más los intereses está determinado o es determinable.

Fuente: Elaboración propia.



## 7. **Nuestra definición de subcapitalización (nominal)**

Con cargo a ser repetitivos, consideramos imperativo en este punto aportar una definición propia de que es lo que entendemos por subcapitalización, de modo que podamos reseñar los mecanismos para combatirla.

**La subcapitalización es una situación en la que una empresa disfraza la entrega de fondos propios (instrumentos de capital) vía un endeudamiento (instrumentos de deuda) con la única finalidad de erosionar la base imponible mediante la deducción de intereses, a fin de determinar un menor impuesto a la renta por pagar.**

Los rasgos que caracterizarían a la subcapitalización (nominal) son los siguientes:

- a) **Nivel de deuda**, la presencia de un elevado nivel de endeudamiento en la estructura financiera de la sociedad.
- b) **Pérdida recaudatoria**, aspecto derivado de las operaciones de subcapitalización que comprometen el nivel de recursos tributarios del tesoro público.
- c) **Utilización del financiamiento vía préstamo.**

- d) **Condiciones de libre competencia**, un tercero en las mismas condiciones no otorgaría un préstamo a una sociedad que se encuentre subcapitalizada nominalmente.

## **8. Métodos que la OCDE planteó inicialmente para combatir la subcapitalización**

Los Métodos propuestos por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en su Informe “*Le Sous-Capitalisation*” (Subcapitalización) publicado en 1987, eran dos: el método subjetivo y el método objetivo.

Estos métodos pueden ser adoptados por los Estados en sus ordenamientos jurídico tributarios internos a efectos de neutralizar los perjuicios fiscales generados por esta situación y proteger así sus bases imponibles, mediante la incorporación de una norma antisubcapitalización que en algunos casos impone un límite a la deducción de intereses en exceso o dispone su no deducibilidad y en otros, regula la recalificación de la operación económica como aportaciones al capital, aplicando a los intereses el tratamiento tributario de dividendos, además de efectuar la retención correspondiente a los mismos.

Los métodos, los explicamos a continuación:

### **8.1 Método Subjetivo**

De acuerdo con este método se realiza una evaluación en cada caso concreto, verificando las operaciones efectuadas, a fin de determinar si el préstamo concedido

corresponde a condiciones normales de mercado establecidas entre sujetos independientes, o si, por el contrario, se trata de una operación en la que el endeudamiento supera el que le hubieran otorgado terceros independientes o prestamistas externos a la sociedad.

Así, este método está basado en el principio de independencia o *arm's length principle*, definido por la (OCDE, 2012) como “el enfoque que aborda normalmente los atributos específicos de la empresa en lo que se refiere a la “capacidad de endeudamiento” (esto es, la cantidad de deuda que la empresa debería ser capaz de obtener de sujetos independientes)<sup>5</sup>” (p. 8), aceptando los intereses sólo hasta el monto por el cual partes independientes hubieran convenido en circunstancias similares o basados en criterios de prevalencia del contenido económico sobre la forma pactada.

Ahora bien, para determinar cuándo una operación de financiamiento se encuentra fuera de los términos de plena competencia o sin independencia generalmente se realiza el test de la constatación por el cual se evalúa “si la sociedad disponía en el momento de la concesión del préstamo de la posibilidad de obtener de un tercer acreedor independiente los mismos recursos aportados por el socio prestamista” (Guash, 2004, p. 178).

En otras palabras, implica analizar si una entidad financiera que actúa bajo los criterios de un “banquero razonable” concedería o denegaría el financiamiento evaluando las siguientes condiciones (Guash, 2004):

---

<sup>5</sup> “The arm's length approach typically considers the specific attributes of the company in determining its “borrowing capacity” (that is, the amount of debt that company would be able to obtain from independent lenders)”. OCDE. *Thin Capitalisation Legislation. A background paper for country Tax Administrations (Pilot version for comments)*, agosto 2012. p. 8. Traducción libre. Disponible en: [http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf) último acceso 08/11/2018.

El importe, tipo de interés, vencimiento, garantías, etc. en función de los resultados que el profesional de crédito obtenga del análisis y valoración de diversas circunstancias, entre las que predominan la capacidad de devolución del crédito atendiendo a los coeficientes de liquidez y tesorería que resulten de los balances de la sociedad acreditada, es decir, la capacidad de pago de la sociedad, la capacidad de generar beneficios que tendrá en el futuro la sociedad dado el coste total de la deuda que soporta, sin olvidar la valoración cuantitativa y cualitativa de las garantías aportadas por la sociedad y por sus socios, considerando además la posición que ocupará la entidad financiera entre los acreedores de la sociedad en un supuesto de insolvencia. De acuerdo con los resultados de este análisis, el profesional de crédito está en condiciones de valorar dentro de un cierto margen el riesgo asumido y, en consecuencia, admitir o denegar el crédito. (p. 177)

Así las cosas, la doctrina del “banquero independiente” según (Sanz Gadea, citado por Castro 2013, p. 170) consiste en “verificar si la financiación pactada entre compañías vinculadas puede obtenerse en similares términos por un banquero independiente. Por ejemplo, una operación sería acorde con el principio de independencia cuando dos o más bancos certifiquen que ellos habrían concedido el préstamo” (Castro, 2013, pág. 170).

Adicionalmente, el criterio del “banquero razonable” ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Fiscal argentino, donde se discutió el tratamiento aplicable en el Impuesto a las Ganancias a un préstamo otorgado por una empresa radicada en el

exterior a una entidad local vinculada denominada Compañía Ericsson S.A.C.I (Marval, O'Farrell y Mairal, 2007) en los siguientes términos:

Las observaciones de la conducta seguida por las entidades involucradas en la transacción no permiten inferir una conducta elusiva del gravamen toda vez que la misma se acomodó a la que hubieren observado partes independientes, máxime cuando el préstamo fue sustituido por otro acordado por una entidad bancaria local no vinculada, el que fuera otorgado en condiciones similares a las cuestionadas por el Fisco nacional. (Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, 15/08/07 citado por Burgos y Sepúlveda, 2016, p. 65)

Por otro lado, en el Informe “*Le Sous-Capitalisation*” (subcapitalización) ya citado, la OCDE brinda una serie de criterios que permiten ponderar si una operación corresponde en realidad a un aporte de capital y no a una deuda, mediante la aplicación de “*Tests*” de verificación de situaciones de subcapitalización a través del contraste de los siguientes datos:

- i) Desproporción entre la ratio deuda/capital antes o después del otorgamiento del crédito.
- ii) Finalidad del préstamo, en especial si el propósito es destinarlo a cubrir pérdidas.
- iii) La posibilidad de convertir el préstamo en acciones.

iv) Vinculación de los intereses a los beneficios societarios (préstamos participativos).

v) El pago de intereses sobre el préstamo se encuentra subordinado frente a los derechos de otros acreedores (préstamos subordinados).

Asimismo, es importante precisar que cuando un Estado aplica el Método Subjetivo, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Tributaria. Así, “si bien este método es el que teóricamente podría expresar de la manera más adecuada la existencia de un endeudamiento excesivo que no se hubiera materializado en condiciones normales de mercado, **exige una actividad probatoria ciertamente complicada**” [Énfasis añadido] (Chirinos, 2008, p. 298).

Ahora quisiéramos presentar las ventajas y desventajas derivadas de la adopción del Método Subjetivo por las legislaciones tributarias domésticas, tomando en consideración la opinión de la OCDE en torno al principio de Independencia o Plena competencia (*Arm's Length Principle*).

Para la (OCDE, 2012) la ventaja de este mecanismo es que “proporciona una aproximación bastante cercana a la deuda que la empresa podría tomar prestada de una parte independiente y por lo tanto elimina el tratamiento asimétrico entre las empresas que son miembros de multinacionales de las que no lo son<sup>6</sup>” (p. 9).

---

<sup>6</sup> “The advantage of the arm's length approach is that it provides for a much closer approximation of the debt the corporation could borrow at arm's length and thus removes asymmetrical treatment between companies that are members of multinational enterprises and those that are not”. En: OCDE. Op. Cit. p. 9. Traducción libre.



Ese aspecto positivo señalado por la OCDE permite que tanto entidades multinacionales como locales se encuentren en igualdad de condiciones en materia tributaria, debido a que el monto de endeudamiento está conectado a la realidad de cada empresa, independientemente de la capacidad de financiamiento interno que tenga el grupo empresarial al cual pertenecen (Torres-Richoux y Pérez, 2016).

Sin embargo, para la (OCDE, 2012) la desventaja de utilizar este mecanismo está relacionada con las habilidades que las autoridades tributarias necesitan para contrarrestar estas prácticas llevadas a cabo por los contribuyentes, esto significa que:

Para aplicar el enfoque *arm's length*, el auditor tributario necesita comprender el proceso que utilizan prestamistas externos para determinar el monto máximo que otorgaría a un contribuyente específico. Las autoridades tributarias deben contar con experiencia para asumir el papel de un prestamista externo y establecer las características específicas del grupo afiliado para determinar una cantidad apropiada de deuda. En la práctica, esto significa que, al implementar un enfoque puro de *arm's length*:

- Los auditores tributarios necesitan ganar un conocimiento relevante sobre las prácticas de préstamos a terceros.
- La necesidad de investigar la aplicación de esos criterios con respecto a contribuyentes específicos.

- Y, inevitablemente, esto requerirá un grado de juicio para determinar el tratamiento apropiado para cada situación objetiva<sup>7</sup>. (p. 9)

Sobre el particular, Claessens (citado por Torres-Richoux y Pérez, 2016) señalan lo siguiente:

Una de las desventajas del método recae en que las autoridades tributarias deben dedicar importantes recursos en la captación de sus funcionarios para que estos se encuentren en posición de establecer la cantidad de dinero que determinada entidad estaría en posición de recibir en calidad de préstamo de parte de terceros independientes. Esto necesariamente implica que las oficinas de impuestos deban entender bien los procedimientos y análisis llevados a cabo por entidades que en el giro ordinario de sus negocios se dedican a entregar dinero en préstamo, pero adicionalmente, deben tener la capacidad de observar las condiciones especiales de contribuyentes cuyos negocios merecen un trato diferencial. (p. 213)

Ahora bien, en el documento preparado por la Secretaría de la OCDE en el año 2012 con fines de capacitación para ayudar a las Administraciones Tributarias nacionales que consideren revisar sus actuales reglas de subcapitalización o introducirlas por primera

---

<sup>7</sup> “The disadvantage of utilising an arm’s length approach is its large resource and skill requirements. In order to apply the arm’s length approach, the tax auditor needs to understand the processes third party lenders uses to determine the maximum amount they would lend to a specific taxpayer. Tax authorities need to have expertise to step into the role of the third party lender and establish the specific characteristics of the group affiliate to determine an appropriate amount of debt. In practice this means that, in implementing a pure arm’s length approach:

iii. tax auditors need to gain significant understanding of third party lending practices.

iv. and need to investigate the application of those criteria with regards to specific taxpayers,

v. And, inevitably, this will require a degree of judgment to determine the proper treatment for each factual situation”. En: OCDE. Op. Cit. p. 9. Traducción libre.

vez esta norma, señala que dentro de los países que aplican este Método, en el caso particular de Sudáfrica:

El gobierno participó en conversaciones con bancos sudafricanos para comprender sus criterios de préstamo y **determinó que una relación simple de deuda a capital no es un factor clave para que prestamistas externos otorguen un préstamo**. El resultado de la discusión llevó a una reevaluación de cómo fue calculada la deuda excesiva por la autoridad fiscal sudafricana. Resalto que los escenarios económicos y legales varían entre los países, y que las Administraciones Tributarias se beneficiarían de mantener conversaciones independientes con los bancos para comprender sus criterios de préstamo y el proceso de la toma de decisiones<sup>8</sup>. [Énfasis añadido] (OCDE, 2012, p. 10)

Sin embargo, a pesar de las dificultades prácticas que pueden generarse en las Administraciones Tributarias internas para aplicar el Método Subjetivo debido a la carga probatoria ante una situación de subcapitalización; este enfoque resulta compatible con los CDI's, específicamente con lo regulado en el apartado 1 del artículo 9° del MC OCDE, permitiendo a la Administración Tributaria no sólo demostrar en cada caso concreto la diferencia entre las condiciones establecidas por **empresas asociadas**<sup>9</sup> y las

---

<sup>8</sup> “South Africa engaged in discussion with South African banks to understand their lending criteria and determined that a simple debt to equity ratio is not a key factor for third party lenders in many lending situations. The outcome of the discussion led to a re-evaluation in how excessive debt was calculated by the South African tax authority. The economic and legal environments among countries vary, and tax administrations would benefit from having independent conversations with banks to understand their lending criteria and decision making process”. En: OCDE. Op. Cit. p. 9. Traducción libre.

<sup>9</sup> El término “asociadas” en este artículo alude a la vinculación entre sociedades matrices y filiales (subsidiarias) cuando una sociedad es residente o domiciliada en un determinado Estado y la otra es no domiciliada, ambas sometidas a control común.

condiciones de mercado, sino también recalificar los rendimientos hasta el nivel de mercado.

En tal sentido, el artículo 9° del MC OCDE establece lo siguiente:

#### Artículo 9.- EMPRESAS ASOCIADAS

##### 1. Cuando

- a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o
- b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa de otro Estado contratante,

y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

- ##### 2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado -y, en consecuencia, grave- los de una empresa del otro Estado que ya han sido gravados por este segundo Estado, y estos beneficios así incluidos son los que habrían sido realizados por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos

empresas hubieran sido las acordadas entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario. (OCDE, 2011, pp. 27-28)

La razón por la que el artículo 9° del MC OCDE autoriza a los Estados parte de un CDI a efectuar ajustes en las operaciones económicas realizadas entre sujetos vinculados es precisamente por la existencia de esa vinculación, debido a que puede generar duda acerca del valor de la misma, es decir, el precepto del artículo permite a las autoridades fiscales de los Estados corroborar si la operación se ajusta a los parámetros pactados entre partes independientes. Así, sólo será permitido el ajuste a la base imponible de la sociedad pagadora de los intereses cuando no respeten el citado principio de independencia.

Al respecto, el Comentario 2 al Apartado 1 del Artículo 9° del MC OCDE señala que:

2. Este apartado establece que las autoridades fiscales de un Estado contratante podrán, con el fin de calcular las deudas tributarias de las empresas asociadas, **rectificar la contabilidad de las empresas si, por las relaciones especiales existentes entre ellas, sus libros no reflejaran los beneficios imponibles reales generados en ese Estado.** Es evidente la oportunidad de **autorizar dicho ajuste en tales supuestos.** Las

disposiciones de este apartado **sólo son aplicables cuando se hayan convenido o impuesto condiciones especiales entre las dos empresas.**

No será admisible la recalificación de la contabilidad de las empresas asociadas si las operaciones entre ellas se han producido en condiciones normales de plena competencia. [Énfasis añadido] (OCDE, 2011, p. 188)

Como podemos ver, el Apartado 1 del artículo 9° del MC OCDE regula los ajustes permitidos cuando las relaciones comerciales o financieras entre empresas asociadas, es decir aquellas que cuentan con participación directa o indirecta en la dirección, el control o el capital de una empresa de otro Estado contratante, hubieran establecido sus operaciones económicas al margen de las condiciones de mercado, autorizando así que las utilidades obtenidas sean incluidas en los beneficios de esa empresa y sometiéndolas a imposición.

Por otro lado, el Comentario 3 al Apartado 1 del Artículo 9° del MC OCDE estipula que:

De acuerdo con las consideraciones del Informe del Comité de Asuntos Fiscales sobre subcapitalización<sup>10</sup>, **existe una interacción entre los convenios tributarios y las normas nacionales sobre subcapitalización que afecta el ámbito del artículo.** El Comité considera:

a) que el artículo **no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización** en la medida en que tengan por objeto la

---

<sup>10</sup> Aprobado por el Consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 1986 y reproducido en el volumen II, página R (4)-1 de la versión del Modelo presentada en forma de carpeta de hojas cambiables.



asimilación de los beneficios del prestatario a la cuantía que hubiera realizado en condiciones normales de mercado;

b) que el artículo afecta no sólo a la determinación de si la tasa de interés establecida en un contrato de préstamo es una tasa de mercado, sino también a **la cuestión de si lo que se presenta como un préstamo puede ser considerado como tal o si debe considerarse como una entrega de fondos de otro tipo y, en particular, como una aportación de capital;**

c) que **la aplicación de las normas sobre subcapitalización no debe conducir normalmente a aumentar los beneficios imponibles de la empresa nacional considerada, más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de plena competencia**, y que ese principio debe seguirse igualmente al aplicar los convenios tributarios existentes. [Énfasis añadido] (OCDE, 2011, pp. 188-189)

Nótese de la redacción del literal a) los comentarios al artículo 9º del MC OCDE, que el precepto permite la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización en cuanto “su efecto no sea otro que el de equiparar los beneficios del prestatario al importe que correspondería a los que hubiera obtenido en situación de independencia” (Calvo, 2011, p. 667).

Ahora, el principal problema se genera cuando la recalificación de los intereses en virtud de la aplicación de la norma interna de subcapitalización conduce a imputar a la sociedad un beneficio superior al obtenido en condiciones normales de mercado.

Tomando en consideración que no deberían incrementarse los beneficios fiscales de la empresa nacional más allá del beneficio obtenido en una situación de independencia.

En ese sentido, lo regulado por la OCDE permite que el principio de independencia resuelva la doble imposición económica a través de la aplicación del tratado tributario, siempre y cuando ambos socios del tratado acepten dicho principio y establezcan el artículo correspondiente a "empresas asociadas" dentro del mismo (OCDE, 2012).

En efecto, la finalidad que persigue el artículo 9° del MC OCDE es evitar que se vulnere la tributación sobre la ganancia que acompaña al lugar, los recursos, o las funciones sobre los activos de la jurisdicción donde se genera el valor, a través de garantizar que cada Estado se encuentre en capacidad de sujetar a tributación los beneficios efectivamente obtenidos en su territorio.

En dicho contexto, es viable “la posibilidad de adecuar el resultado reflejado en la contabilidad a la expresión de la capacidad económica del sujeto conectada con el territorio del Estado en el que se encuentra sujeto a gravamen” (Calvo, 2011, pp. 669-670).

Así, el artículo 9° del MC OCDE no constituye “una norma de distribución del poder tributario [...], sino que busca asegurar que el beneficio es gravado en aquel sujeto que lo obtiene realmente y, por ende, en el Estado al que atribuye el poder de someterlo tributación” Esteve (citado por Vega, 2002, p. 7).

Es así como la norma que combate la subcapitalización actuará en aquellos supuestos en los que se sobrepase la capacidad de crédito, efectuando las correcciones necesarias con la finalidad de evitar un desajuste en la recta asignación del beneficio obtenido en cada uno de los Estados donde residan los sujetos intervinientes. Tan es así, que desde 1992, año en el que se incorporan a los Comentarios del MC OCDE las conclusiones del Informe del Comité de Asuntos Fiscales sobre Subcapitalización, las legislaciones tributarias domésticas consideran que el ajuste del beneficio obtenido sólo será admitido siempre y cuando se circunscriba al principio de independencia (Calvo, 2011).

Así las cosas, frente a una situación de independencia y una vez agotada la capacidad crédito:

No es posible económicamente obtener financiación alguna que adopte la forma de préstamo. Cualquier instrumento adicional recibido por la sociedad procedente de sujetos vinculados, no puede recibir el tratamiento previsto para las operaciones de préstamo, porque en una situación de independencia tal operación no hubiera sido posible. Una vez rebasada la capacidad de crédito, en una situación de independencia, cualquier recurso puesto a disposición de la sociedad solamente tendría sentido en una situación de independencia si se hubiera efectuado en concepto de aportación de capital. (Vega, 2002, p. 18)

De ese modo, podemos afirmar que la finalidad del Apartado 1 del artículo 9º del MC OCDE es lograr que:

La norma antesubcapitalización pueda reconducir a las condiciones normales de mercado pactadas entre sujetos independientes los supuestos de infracapitalización de las entidades, pero sólo con el límite establecido por esas condiciones, sin que se pueda ir más allá. (Calvo, 2011, p. 668)

Así las cosas, el literal b) del artículo 9º del MC OCDE establece que la realización de los ajustes a la base imponible no sólo modifica la tasa de interés pactada entre sociedades vinculadas, sino, además modifica la naturaleza de la operación.

Para finalizar, lo relevante del Método subjetivo como señalan autores como Esteve y Sanz Gadea (citados por Vega, 2002) consiste en que:

La subcapitalización [puede considerarse] como un problema de la correcta determinación de la naturaleza de las cantidades puestas a disposición de la sociedad y, principalmente, de los rendimientos derivados de las mismas, para determinar correctamente la renta de la sociedad pagadora de los intereses. (p. 19)

Toda vez que el artículo 9º del MC OCDE no se asimila a la mayoría de los artículos de un CDI “pues el mismo no califica como una norma de colisión, sino como una norma especial cuya finalidad es garantizar la aplicación de gravámenes justos a las operaciones comerciales, sobre la base del cumplimiento del Principio de Libre Competencia” (Joo, 2008, p. 535).

## 8.2 Método Objetivo

Este método consiste en establecer un coeficiente o ratio de endeudamiento máximo, el cual deberá ser aplicado a través de la comparación con el patrimonio de la sociedad. De esta manera, la norma presume que una vez superado dicho coeficiente de endeudamiento, la sociedad está subcapitalizada. Así las cosas, las consecuencias jurídicas de la norma tributaria de subcapitalización se aplican sobre el exceso de endeudamiento (Vega, 2002).

En general los países latinoamericanos, incluyendo el nuestro han incorporado una norma que combata la subcapitalización de carácter objetivo, estableciendo límites a operaciones con sociedades vinculadas en la mayoría de los casos, y en algunos otros como Alemania, España, Argentina y nuestra propia legislación tributaria a partir del 2019 incluyen dentro del límite al endeudamiento con sociedades no vinculadas a la empresa fiscalizada.

Así, estos esquemas objetivos establecen parámetros fijos que determinan el nivel anormal de endeudamiento de una sociedad, los más comunes son: (Castro, 2013, pp. 168-169)

- i) Un excesivo nivel de endeudamiento que conlleva una baja proporción de capital (fondos propios o patrimonio neto) sobre las deudas. La ratio de endeudamiento puede ser fija o flexible: en el primer caso se aplica a todos los contribuyentes sin distinción, y es el caso [del literal a) del artículo 37° de la LIR]; y en el segundo se hacen ciertas excepciones y

consideraciones en los casos concretos, como el tipo de activo que se financia (así ocurre en Suiza), ratios especiales a ciertas industrias o incluso a una empresa con los índices de endeudamiento del grupo;

ii) La determinación de un alto porcentaje de gastos e intereses respecto de los ingresos. Ejemplo de esto es la legislación italiana, que establece que los gastos de intereses superiores al 30% del índice EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, por su significado en inglés, *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) en cada período no serán deducibles en dicho ejercicio fiscal, pero podrían trasladarse indefinidamente a los siguientes años siempre que se respete el mismo límite. En España y Francia existen normas muy similares. Incluso la normativa estadounidense de limitación de intereses (*earnings-stripping*) supone que el resultado de los intereses pagados no puede exceder el 50% del flujo de caja.

Por su parte, el Informe de la OCDE sobre subcapitalización, establece dos cautelas para la aplicación del Método Objetivo debido a la rigidez de los parámetros empleados. En primer lugar (1) este método será compatible con el artículo 9º del MC OCDE si la sociedad a pesar de superar el coeficiente legal de endeudamiento establecido en la legislación tributaria puede evitar las consecuencias de la norma probando que tal endeudamiento se ajusta al principio de independencia. Demostrando que habría obtenido el mismo volumen de fondos ajenos, estableciendo así que el endeudamiento entre sociedades vinculadas sería una cuestión circunstancial, toda vez que su capacidad de crédito le habría permitido obtener esos recursos de terceros de igual modo. Para ello, el



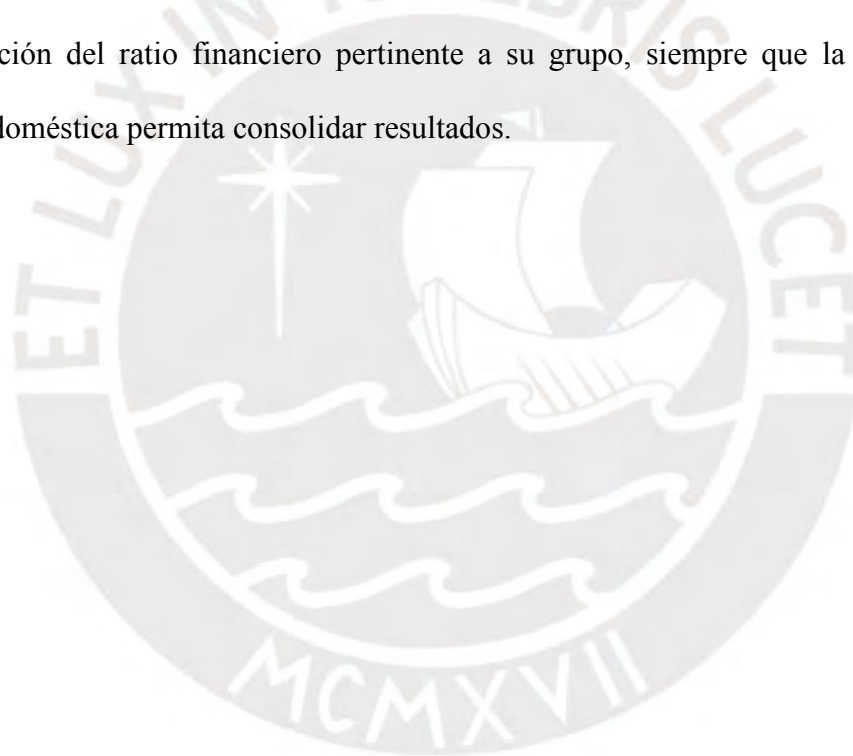
contribuyente debe probar que el endeudamiento resulta acorde con el Principio de Independencia. Como segunda cautela, (2) el Informe establece que el método debe guardar un grado necesario de flexibilidad para que el contribuyente sólo tenga la obligación de demostrar o probar lo contrario cuando sea estrictamente necesario. (Vega, 2002)

Adicionalmente, las dificultades también se generan cuando se pretende individualizar para cada sector de la actividad económica una determinada relación financiera entre los recursos propios y los recursos ajenos o, en otras palabras, el establecimiento de un concreto nivel de endeudamiento para cada sector económico (Guash, 1999).

En ese sentido, (Vega, 2002) afirma lo siguiente:

Si lo que se pretende es corregir exclusivamente los supuestos en los que existe financiación ajena que no se adecua al principio de independencia, lo lógico es que se establezcan ratios distintas dependiendo del sector económico en el que actúa cada sociedad. De lo contrario, la norma puede obligar al contribuyente a articular prueba de lo contrario, cuando desde un punto de vista económico, el coeficiente de endeudamiento fiscal es muy inferior al normal en el sector económico donde se opera. En estos casos, **se obligaría al contribuyente injustificadamente a desarrollar una carga probatoria importante, cuando la propia realidad económica subyacente muestra que el presupuesto de la norma materialmente no se produce.** [Énfasis añadido] (p. 21)

Habiendo explicado los métodos iniciales que planteó la OCDE para combatir la subcapitalización, en nuestro siguiente capítulo se estudia cómo el método objetivo mutó y la OCDE desarrolló la Acción 4 del Plan BEPS. En efecto, el 5 de octubre de 2015, la OCDE publicó sus 15 reportes finales, entre los cuales estaban la Acción 4, que propone mejores prácticas para atacar el fenómeno de la subcapitalización, recomendando la adopción de dos criterios que siguen el método objetivo. La primera (1) la *fixed ratio rule* atada a márgenes entre el 10% y 30% del EBITDA del contribuyente y la segunda (2) la *group ratio rule* para permitir a una empresa obtener deducciones de intereses más altos por aplicación del ratio financiero pertinente a su grupo, siempre que la legislación tributaria doméstica permita consolidar resultados.



## **CAPÍTULO II:**

### **¿QUÉ DICE LA ACCIÓN 4: “LIMITACIÓN DE LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE VÍA DEDUCCIÓN DE INTERESES Y OTROS GASTOS FINANCIEROS” SOBRE LA SUBCAPITALIZACIÓN Y CÓMO HA ADOPTADO LA LEGISLACIÓN COMPARADA SUS RECOMENDACIONES?**

El presente capítulo se desarrollará en tres secciones. La primera sección presentará el estudio de las recomendaciones establecidas por la OCDE a través de la Acción 4 del Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*: “Limitación de la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros gastos financieros”) que surgió con posterioridad a los métodos inicialmente planteados para combatir la subcapitalización (subjetivo y objetivo). En tal sentido, desarrollaremos los límites recomendados por la OCDE como parámetros de mejores prácticas en el diseño de normas que eviten la erosión de bases imponibles vía deducción excesiva de intereses y que debieran servir de soporte a los Estados para contrarrestar los efectos perjudiciales producidos por los planeamientos tributarios estructurados por los contribuyentes para eludir el pago de obligaciones tributarias.

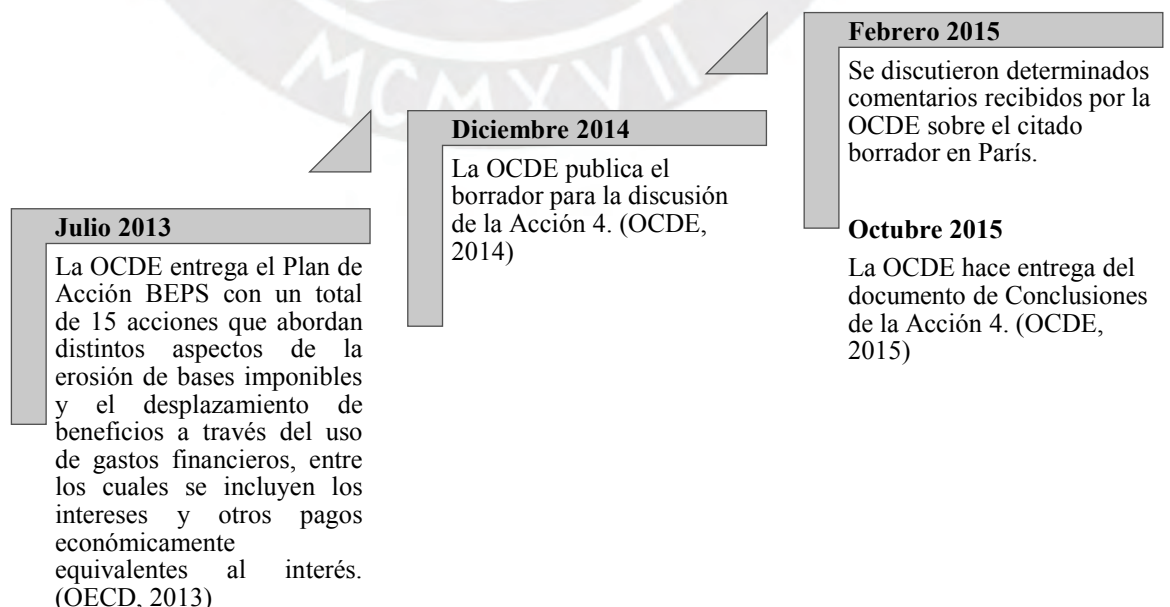
Por su parte, en la segunda sección estudiaremos los supuestos de Planificación Fiscal y las Cláusulas Antielusivas mediante el análisis de dos tipos de normas: (1) Las cláusulas antielusivas generales (GAARs) y (2) Las cláusulas antielusivas específicas (SAARs). A efectos de explicar la sustancia de la GAAR estudiaremos también los conceptos de economía de opción, elusión, evasión, simulación y fraude a la ley; para posteriormente establecer la relación entre ambas cláusulas, es decir, determinar para el caso de nuestro estudio referido a la subcapitalización, si la GAAR es suficiente para

analizar los supuestos de elusión tributaria o se necesita a la SAAR como un “puerto seguro” (*safe harbor*), léase como una norma que establezca de manera indubitable que una empresa está subcapitalizada, de modo que los contribuyentes al estar advertidos, se posicionen dentro de los parámetros de esta norma para que los intereses que paguen no sean desconocidos y la Administración Tributaria tenga un actuar limitado, o si más bien la SAAR constituye una directriz complementaria, pero que su no aplicación no impida a esta última entidad a aplicar la GAAR, en caso esta última se haya configurada.

Culminaremos nuestro segundo capítulo detallando en una tercera sección, cómo se regula/combate la subcapitalización en algunos países representativos, brindando a nuestro trabajo en este punto un correlato práctico.

## **1. Acción 4 del Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*): “Limitación de la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros gastos financieros”**

### **1.1 El Proyecto BEPS**



Fuente: Elaboración propia.

En el año 2012, el G-20<sup>11</sup> invitó a la OCDE a examinar la cuestión de la erosión de la base imponible y el desplazamiento de beneficios, a fin de desarrollar un plan de acción para combatir este problema de forma coordinada y completa.

En relación a esta cuestión, la OCDE plasmó su Plan de Acción en el documento BEPS antes citado (*“Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”*), el cual tiene como objetivo central combatir la erosión de las bases imponibles que afectan a los distintos Estados, entre otras razones, debido a la excesiva deducción de intereses que implican un desplazamiento de las bases imponibles desde jurisdicciones donde se realizan efectivamente las actividades económicas de las empresas hacia jurisdicciones fiscalmente más ventajosas. Así, el citado documento establece quince acciones que combaten la erosión fiscal sufrida por los Estados debido a las planificaciones fiscales llevadas a cabo principalmente por los grupos multinacionales.

Una de las quince acciones, es la Acción 4, la cual se encuentra destinada a:

Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para prevenir la erosión de la base mediante la utilización del gasto de intereses, por ejemplo, a través de la utilización de deudas con partes relacionadas y de terceros para lograr excesivas deducciones de intereses

---

<sup>11</sup> G-20: Alude a las siglas del “Grupo de los veinte”, foro que agrupa a 8 países industrializados (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Rusia), más los siguientes 11 países: Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea. España es invitado permanente.

o para financiar la obtención de renta exenta o diferida, y otros pagos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de interés.  
(OECD, 2013, pág. 17)

Sobre el particular, consideramos importante señalar que el Plan de Acción BEPS de la OCDE parte del reconocimiento de las debilidades en las normas tributarias actuales, las mismas que crean oportunidades para la erosión de las bases y el desplazamiento de los beneficios (BEPS), situación objetiva que requiere estrategias audaces por parte de los legisladores para asegurar que las ganancias sean gravadas donde se llevan a cabo las actividades económicas y se crea el valor; y no en jurisdicciones menos ventajosas.

El Plan de Acción BEPS desarrolló sus quince acciones bajo tres pilares claves: 1) La introducción de coherencia en las normas nacionales que afecten a las actividades transfronterizas, 2) Los requerimientos de sustancia en los estándares internacionales ya existentes, y 3) La mejora de la transparencia, así como la certeza.

Así, el paquete BEPS está diseñado para ser implementado mediante cambios en las legislaciones tributarias domésticas y las prácticas nacionales. Los países de la OCDE y el G-20 pactaron continuar trabajando juntos para garantizar una implementación consistente y coordinada de sus recomendaciones, ya que una mejor comprensión de cómo se implementan las mismas en la práctica podría reducir malentendidos entre los Estados. Asimismo, se consideró que un mayor enfoque en su implementación y en la Administración Tributaria serían mutuamente beneficiosos para los gobiernos y las empresas.

De acuerdo con lo señalado por la propia OCDE (citado por Soler, 2014): “El Plan de Acción BEPS se justifica porque se necesitan cambios fundamentales para combatir eficazmente la doble exención, así como los supuestos de baja imposición que separen artificialmente los ingresos imposables de las actividades que los generaron”. (p. 44).

Como podemos observar, la “artificiosidad” señalada en el párrafo anterior revela que el Plan de Acción BEPS intenta contrarrestar principalmente la planificación tributaria perniciosa y por tal razón, la Acción 4 está destinada a introducir normas antielusivas en las legislaciones tributarias domésticas, en relación a la deducción de intereses.

Como ya hemos mencionado, las quince acciones del Plan BEPS están construidas sobre tres grandes pilares de actuación:

1. Coherencia de normas internacionales y domésticas,
2. Sustancia en los efectos y beneficios de los estándares internacionales y,
3. Transparencia que promueve una mayor certeza y previsibilidad.

En cuanto al primer pilar, la coherencia, desde la perspectiva de la OCDE, la globalización exige el diseño conjunto de políticas fiscales nacionales, porque la regulación de manera aislada provoca lagunas y asimetrías con resultados no deseados, siendo por ello necesario entonces complementar las normas destinadas a evitar la doble imposición con normas diseñadas para crear una coherencia internacional en los impuestos directos. El segundo pilar, la sustancia, refiere que a pesar de que las reglas



actuales funcionan bien en muchos casos, necesitan una adaptación para conseguir dos objetivos: (i) impedir la erosión de bases imponibles y el desplazamiento de beneficios resultantes de la interacción entre más de dos países y (ii) alinear la atribución de los ingresos con la actividad económica que los genera, de modo que se tribute donde se genere el valor. Respecto al tercer y último pilar, la transparencia, la OCDE afirma los progresos del foro global de transparencia e intercambio de información, pero recalca la necesidad de contar con información específica sobre estrategias de planificación fiscal, imponiendo para ello las correspondientes obligaciones de información a cargo de los contribuyentes. (Soler, 2014)

En ese sentido, al identificar que el gasto por intereses es una herramienta muy utilizada para la erosión de bases imponibles, debido a que vulnera la tributación sobre la ganancia que acompaña el lugar, los recursos o las funciones sobre los activos en la jurisdicción donde se genera el valor, la Acción 4 se enmarca sobre el primer pilar, el de coherencia de normas internacionales y domésticas porque busca la regulación conjunta de las políticas de deducibilidad de intereses entre los países.

Bajo ese escenario, la relevancia de la Acción 4 en la visión global del Plan BEPS, conforme a la nota explicativa desarrollada por la (OCDE, 2016) consiste en:

Establecer una metodología común para facilitar la convergencia de normas internas en el área de la deducibilidad de intereses. La influencia de las normas fiscales en la ubicación de la deuda dentro de los grupos multinacionales se ha puesto de manifiesto en diversos estudios académicos, y es bien conocido que los grupos pueden multiplicar

fácilmente el nivel de deuda de unas de las entidades del grupo a través de la financiación intragrupo. En este contexto, la lucha contra las deducciones excesivas de intereses, incluidos aquéllos que financian la producción de rentas exentas o diferidas, debe abordarse de manera coordinada dada la importancia de considerar los riesgos relacionados con la competencia y al mismo tiempo garantizar que las limitaciones a la deducibilidad de intereses no generen doble imposición. La metodología convenida pretende, por un lado, asegurar que las deducciones de intereses netos de una entidad estén directamente vinculadas a una renta gravable generada por sus actividades económicas y, por el otro lado, promover una mayor coordinación de las normas nacionales en este ámbito. (p. 16)

Por otro lado, el Plan BEPS identificó que las normas actuales que combaten la erosión de bases y la transferencia abusiva de beneficios que involucran intereses se enmarcan en seis grandes grupos, con algunos países que utilizan un enfoque combinado que incluye más de un tipo de regla:

(i) Pruebas *arm's length*, que comparan el nivel de interés o deuda en una empresa con la posición que habría existido si la empresa hubiera estado lidiando completamente con terceros no relacionados;

(ii) Retención de impuesto sobre los pagos de intereses, que se utiliza para asignar competencia tributaria al país de la fuente del pago de los intereses;

(iii) Reglas que no permiten un porcentaje específico del gasto por intereses de una empresa, independientemente de la naturaleza del pago o de los destinatarios;

(iv) Reglas que limitan el nivel de gasto por intereses o deuda en una empresa con relación a una proporción fija, como la razón entre deuda/patrimonio, intereses/ganancias o intereses/activos totales (*fixed ratio rule*);

(v) Reglas que limitan el nivel de gasto por intereses o deuda en una empresa con referencia a la posición general de endeudamiento del grupo económico (*group ratio rule*);

(vi) Normas anti-elusión que rechazan determinados gastos por intereses en transacciones específicas y que no permiten su deducibilidad. (OECD, 2015, p. 19)

Luego del análisis de los grupos de normas referidos, la Acción 4 del Plan BEPS apuntó como mejores prácticas un enfoque basado en la combinación de las normas de los grupos (iv) al (vi), es decir, sobre las normas que limitan los gastos por intereses tanto a nivel de la empresa en relación a un ratio fijo, como a nivel grupal tomando en consideración el ratio obtenido de un estado financiero consolidado de todas las compañías, o de todo el grupo económico obtenido por la suma de los balances de las sociedades del mismo y evaluando las normas anti-elusión que no aceptan la deducibilidad de gastos que involucran intereses en operaciones específicas.

En efecto, la combinación de los grupos de normas citados, otorga una mayor deducibilidad de intereses a las empresas, toda vez que la aplicación de un límite general

sobre las deducciones de intereses restringe la capacidad que una empresa tiene para deducir los gastos por intereses netos basados únicamente en un ratio financiero fijo. En tal sentido, si los Estados aplican las mejores prácticas recomendadas por la OCDE en sus normas tributarias que involucran intereses, el límite general podría combinarse perfectamente con una norma que permita a la empresa deducir más intereses tomando como parámetro el ratio financiero equivalente al grupo económico cuando sea mayor y así lograr una mayor deducibilidad. No obstante ello, es de precisar que ello es posible solo en la medida que la legislación local permita consolidar los resultados financieros.

Ahora bien, OCDE recomienda que si un país no introduce una norma de proporción de grupo, es decir no establece una norma de ratio grupal (*group ratio rule*), debe aplicar necesariamente la norma de ratio fijo (*fixed ratio rule*) a las empresas de grupos multinacionales y domésticos sin discriminación alguna, léase con el mismo y máximo porcentaje recomendado por la OCDE (que como veremos más adelante asciende al 30% del EBIDTA).

Es de precisar que la OCDE advierte que estas normas de carácter general deberían complementarse con normas específicas para abordar la planificación fiscal y así reducir o evitar el efecto de las normas generales, utilizando normas específicas para combatir riesgos específicos no cubiertos por las normas generales.

En consecuencia, este enfoque, léase de adoptar las dos reglas antes citadas, permite proporcionar una protección efectiva para los países contra la erosión de las bases y el desplazamiento de los beneficios que involucran intereses, pero sin suprimir la

posibilidad de que las empresas incrementen la financiación mediante deuda necesaria para la consecución de sus negocios e inversiones comerciales.

## **1.2 Los límites establecidos por la Acción 4**

Los límites recomendados por la OCDE mediante la Acción 4, léase el *fixed ratio rule* y el *group ratio rule*, fueron formulados a partir del contexto de las empresas multinacionales en donde el dinero al ser un bien móvil y fungible facilita el camino para conseguir resultados más favorables desde la óptica fiscal ajustando el nivel de endeudamiento de una empresa del grupo. Por tal razón se ha puesto de manifiesto la incidencia de las normas tributarias en la ubicación de la deuda en las distintas empresas del grupo, debido a que estas últimas cuentan con más posibilidades de aumentar el nivel de endeudamiento soportado por cada empresa de este vía préstamos intragrupo. Además de ello, los grupos multinacionales pueden utilizar instrumentos financieros para efectuar pagos económicamente equivalentes a intereses, lo que les permite sustraerse de las limitaciones en materia de deducción de intereses.

Como resultado de los estudios de su grupo de trabajo, la OCDE identifica que los riesgos por parte de los grupos multinacionales en la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios a través de la excesiva deducción de intereses surgen básicamente en los siguientes tres escenarios:

1. El grupo concentra un elevado nivel de deuda con empresas independientes en países de elevada tributación.

2. El grupo utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.
3. El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o de empresas independientes para generar rentas no sometidas a gravamen. (OECD, 2015, p. 11)

En efecto, tal como lo hemos señalado líneas arriba, el enfoque recomendado en las conclusiones de la Acción 4 para abordar estos riesgos está basado en una norma de ratio fijo (*fixed ratio rule*), tal como lo explica la propia (OECD, 2015):

La norma de ratio fijo limita las deducciones netas de una empresa con relación a sus intereses y pagos económicamente equivalentes a intereses a un porcentaje de sus ganancias o utilidades antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización (es decir, EBITDA). Como mínimo, esa [norma] debe aplicarse a entidades en grupos multinacionales. Para garantizar que los países apliquen un ratio fijo lo suficientemente bajo para combatir BEPS, aunque reconociendo que no todos los países están en la misma posición, el enfoque recomendado incluye una gama de posibles proporciones entre el 10% y el 30%. El informe también incluye factores que los países deben tener en cuenta para el establecimiento de los márgenes fijos dentro de esos límites. Este enfoque puede complementarse con una regla fija de endeudamiento aplicable al grupo mundial, lo que permite que una empresa supere el límite general en determinadas circunstancias. (OECD, 2015, p. 11)

Como podemos observar, la OCDE considera que existe la posibilidad de que determinados grupos multinacionales utilicen un mayor índice de apalancamiento financiero con terceros, obteniendo ventajas tributarias no deseadas. Por ello, las conclusiones de la Acción 4 recomiendan que, además de los márgenes fijos, existan márgenes de endeudamiento calculados con relación a los márgenes de endeudamiento general del grupo multinacional, logrando así que una empresa integrante del grupo pueda deducir el gasto de interés neto superior al permitido por los márgenes fijos generales considerando el endeudamiento del grupo a nivel mundial. De dicho modo pueden mantenerse los márgenes fijos en valores más bajos, garantizando que la norma de ratio fijo sea eficaz para combatir el problema BEPS, sin perjudicar a los grupos económicos que, por razones no tributarias, tengan mayores gastos de interés.

Asimismo, es importante destacar que las conclusiones de la Acción 4 han tratado de equilibrar el rigor de los márgenes fijos y los márgenes grupales con algunas excepciones a la norma para situaciones en las que el riesgo de BEPS es esencialmente bajo (OECD, 2015, p. 12):

- La fijación de un umbral impositivo mínimo (*de minimis*) de aplicación que excluye a las empresas con bajo nivel de gastos netos por intereses. Cuando un grupo tiene más de una empresa en un país, se recomienda aplicar dicho umbral al gasto neto por intereses total incurrido por el grupo local;
- Exclusión para intereses pagados a acreedores no relacionados devengados por préstamos utilizados para financiar proyectos de interés público, sujeto a algunas condiciones. En estas circunstancias, la empresa



podrá contar con apalancamiento alto, pero como consecuencia de la naturaleza de los proyectos y su vínculo con el sector público, el riesgo de BEPS se reduce;

- Posibilidad de utilizar los gastos de interés no deducidos en ejercicios posteriores (*carry forward*), cuando las deducciones por el importe neto de los intereses efectivamente abonados de una empresa se encuentran por debajo del máximo permitido para su uso en años futuros, con la finalidad de reducir el impacto de la volatilidad de las ganancias en la capacidad de deducir gastos por intereses de una determinada empresa. Además, dicha norma no sólo beneficiará a las empresas que incurren en gastos por los intereses devengados por inversiones y retornos en proyectos de largo plazo (cuya generación de rentas imponibles se dará en años posteriores) deducir aquellos intereses al obtener beneficios, sino que también permitirá a las empresas con pérdidas solicitar la correspondiente deducción de intereses cuando vuelvan a obtener o registrar beneficios.

Respecto a las excepciones señaladas, consideramos que los Estados cuentan con la capacidad de poder introducirlas como mejores prácticas en tanto existan factores no tributarios que produzcan un elevado nivel de endeudamiento en las empresas y por lo tanto se les deberían aplicar otros márgenes sobre la limitación de sus deducciones por intereses y otros gastos financieros.

En esa misma línea, las operaciones que no ofrezcan un riesgo significativo de erosión de base que involucren intereses deben ser exceptuadas, eliminando aquellos riesgos de cometer injusticias respecto de operaciones y contribuyentes que no son

objetivos de las normas de lucha contra BEPS. Este es el caso de ciertas empresas que ciertamente pueden presentar un riesgo suficientemente bajo para excluirlas de una norma de ratio fijo y de la norma de ratio grupal, de esta forma se reducen los costos de cumplimiento tributario para estas empresas. Del mismo modo, al reducir el número de las empresas cubiertas también se reducen los costos de administrar una norma, permitiendo que las autoridades tributarias concentren sus recursos en aquellas empresas que plantean mayores riesgos de erosión.

En tal sentido, la OCDE propone a los países introducir un umbral de *minimis*, excluyendo así a las empresas de bajo riesgo del alcance de las normas de ratio fijo y ratio grupal respectivamente, recomendando que dicho umbral tome como base el gasto neto total de intereses de todas las empresas en el grupo local. Sin embargo, enfatiza que cuando un país aplique un umbral basado en el gasto de interés neto de cada empresa por separado, esta normativa no sea objeto de abuso. Así las cosas, un país debe considerar la introducción de normas anti-fragmentación para evitar que un grupo evite una regla de limitación de intereses a través de la creación de múltiples empresas, donde cada una pueda ubicarse por debajo del umbral y así mantenerse en el supuesto de excepción a la norma. Definitivamente, la regulación de una norma que considere el umbral de *minimis* basado en el gasto por intereses netos debería ser relativamente simple de aplicar y garantizaría que las empresas con elevado nivel de endeudamiento se encuentren obligadas a aplicar una regla de limitación de interés general independientemente de su tamaño, ya que la aplicación del nivel del umbral de *minimis* refleja una serie de factores de la realidad de los negocios, incluido el entorno económico local y las tasas de interés, así como las consideraciones tributarias o jurídicas pertinentes.






Es preciso mencionar también que las conclusiones de la Acción 4 reconocen que los sectores financieros y de seguros tienen características específicas que deben tomarse en cuenta para desarrollar reglas adecuadas y específicas a ser aplicadas en estos sectores, debido a las limitaciones regulatorias sobre la composición de su capital y los márgenes de endeudamiento que podrían perjudicar la forma en que las normas BEPS se aplican a estos sectores.

En definitiva, el objetivo de la Acción 4 es combatir las deducciones excesivas de cargas de intereses, incluso las que financian la producción de rentas exentas o con retraso.

Así, fundamentalmente lo que persigue la OCDE a través de esta Acción es coordinar las acciones de los Estados a efectos de establecer la competencia entre estos últimos y asegurar la justa deducción de intereses sin doble imposición. De ahí que, la consecuencia de la Acción 4 es establecer una conexión directa entre las deducciones de intereses de una empresa y la renta producida por las actividades económicas de la misma mediante la coordinación entre los Estados involucrados.

La construcción de un enfoque de mejores prácticas recomendado por la OCDE se ha centrado en la necesidad de proporcionar una solución efectiva a los riesgos que enfrentan los países debido a la planificación que involucran intereses para evitar o reducir la erosión de sus bases imponibles y al mismo tiempo, conseguir que sea un enfoque razonablemente sencillo para su aplicación por las autoridades fiscales en la realidad.

Es así como, la (OECD, 2015) proporciona las siguientes recomendaciones para el enfoque de mejores prácticas que aparecen resumidas en el siguiente cuadro:

<b>Visión general del enfoque de mejores prácticas</b>	
<b>Umbral monetario de <i>minimis</i> para eliminar entidades de bajo riesgo</b>	
Opcional	
Basado en el gasto neto de intereses del grupo local	
	
<b>Regla de ratio fija [<i>Fixed ratio rule</i>]</b>	
Permite a una entidad deducir los gastos por intereses netos hasta un índice de interés neto/EBITDA de referencia	
Los factores relevantes ayudan a un país a establecer su índice de referencia en un porcentaje del 10% al 30%	
	
<b>Regla de relación de grupo [<i>Group ratio rule</i>]</b>	
Permite a una entidad deducir los gastos por intereses netos hasta el índice de interés neto / EBITDA de su grupo, donde este es más alto que el índice de ratio fija. Opción para que un país aplique un aumento a los gastos netos de intereses de terceros de un grupo de hasta el 10%.	
Opción para que un país aplique una regla de relación de grupo diferente o una regla de no relación de grupo	
	
<b><i>Carry Forward</i> - Transferencia de intereses reparados / capacidad de intereses no utilizados y/o <i>Carry back</i> - Devolución de intereses rechazados</b>	
Opcional	
	
<b>Reglas específicas para respaldar las reglas de limitación de interés general y abordar riesgos específicos</b>	
	
<b>Normas específicas para abordar las cuestiones planteadas por los sectores de banca y seguros</b>	

Fuente: (OECD, 2015, p. 25)

A efectos de desarrollar las principales dos reglas establecidas dentro del enfoque de mejores prácticas, estudiaremos a detalle la *fixed ratio rule* y la *group ratio rule*.

### ***1.2.1 Fixed Ratio Rule***

Para empezar, señalaremos que la norma de ratio fijo constituye un enfoque directo que respalda que las deducciones de intereses netos de una empresa se encuentren directamente vinculadas al ingreso imponible generado por sus actividades económicas. Tan es así, que una característica importante de esta norma es que limita únicamente las deducciones de intereses netos de una empresa (es decir, los gastos por intereses en exceso de los ingresos por intereses).

Así, la finalidad de una norma de ratio fijo es que la empresa deduzca sus gastos por intereses hasta una proporción específica del EBITDA, asegurando que una parte de las ganancias de la empresa continúe sujeta a impuestos en un país. Esta norma puede aplicarse a todas las empresas, incluidas las de un grupo multinacional, un grupo nacional y empresas independientes. El porcentaje de referencia está determinado por el gobierno del país que adopta la norma y se aplica independientemente del apalancamiento real de una empresa o su grupo. Asimismo, el interés pagado a terceros, partes relacionadas y empresas del grupo es deducible hasta ese ratio fijo, sin embargo aquel interés que utilice el ratio de la empresa por encima del porcentaje establecido no está permitido.

La ventaja de la norma de ratio fijo al ser objetiva es su fácil aplicación tanto para las empresas como para las Administraciones Tributarias, pues la aplicación de una norma de ratio fijo de manera distinta a los grupos de empresas en diferentes sectores

inevitablemente haría que la regla resulte más compleja de administrar, en particular cuando un grupo tiene actividades en más de un sector.

Ahora bien, la opción de excluir la financiación de intereses de ciertos proyectos de beneficio público puede ayudar a abordar estos problemas para algunas empresas. Sin embargo, por lo general, un país debe aplicar la norma de ratio fijo de manera consistente, utilizando el mismo porcentaje de referencia a los grupos en todos los sectores (con la excepción de los grupos en los sectores de banca y seguros). Sin embargo, los grupos en ciertos sectores pueden beneficiarse de la renta económica, lo que significa que pueden generar altos niveles de EBITDA, que según el enfoque general descrito en el Reporte Final de la Acción 4 podría dar lugar a niveles relativamente altos de deducciones de intereses netos. Por lo tanto, un país puede optar por aplicar una regla de ratio fijo más estrictamente a los grupos en estos sectores. Por ejemplo, la OCDE señala que los grupos en sectores que se benefician de rentas económicas pueden estar sujetos a un porcentaje de referencia más bajo, o el cálculo del EBITDA de la empresa puede ajustarse para eliminar el efecto de la renta económica. (OECD, 2015)

Las reglas de ratio fijo aplican un porcentaje predeterminado sobre las ganancias de una empresa o de un grupo local para calcular el gasto máximo de interés deducible. El cálculo del monto de cualquier reparo u observación por gasto de interés bajo una norma de ratio fijo implica un proceso de tres etapas según la (OECD, 2015):

1. En primer lugar, calculando la medida apropiada del EBITDA,
2. Aplicando el ratio fijo de referencia legal al EBITDA de una empresa para determinar el gasto máximo de interés deducible, y

### 3. Compararlo con el gasto por intereses reales de la empresa.

El cálculo del EBITDA debe basarse en los valores que se determinan según las normas tributarias del país que aplica la norma. El uso de cifras de impuestos para calcular el EBITDA de la empresa tiene varias ventajas. En primer lugar, la regla es razonablemente sencilla de aplicar y auditar. En segundo lugar, el uso de números impositivos reduce el riesgo de que una empresa con EBITDA negativo deba pagar impuestos como resultado de un reparo u observación de intereses. Finalmente, vincular las deducciones de intereses con las ganancias gravables significa que es más difícil para un grupo aumentar el límite de las deducciones de intereses netos sin aumentar también el nivel de la base imponible en un país. (OECD, 2015, pp. 47-48)

Para una mejor comprensión de la aplicación de la *fixed ratio rule*, a continuación explicamos a detalle, los tres pasos planteados por la OCDE para establecer la norma de ratio fijo dentro de la legislación doméstica:

#### 1. **Paso 1**: Cálculo de la medida de los ingresos

El EBITDA de una empresa se debe calcular agregando a su base imponible, los valores impositivos para: (i) los gastos por intereses netos y los pagos netos equivalentes a los pagos de intereses; y (ii) depreciación y amortización. Los ingresos exentos de impuestos, como los ingresos por dividendos exentos o las ganancias en el extranjero que están exentos de impuestos, no deben formar parte de la cifra del EBITDA de la empresa.



## **2. Paso 2: Aplicar el ratio fijo de referencia legal a las ganancias**

Después del cálculo del EBITDA de la empresa, se aplicará el ratio fijo de referencia estatutaria a la cifra del EBITDA. El resultado determinará la cantidad máxima de gastos por intereses que la empresa puede deducir para fines tributarios.

## **3. Paso 3: Comparación del gasto de interés máximo deducible con el gasto de interés real**

En el último paso, la cantidad máxima que la empresa puede deducir para fines tributarios se compara con el gasto de interés neto real de la entidad.

Los gastos por intereses netos en exceso del monto máximo permitido serán reparados u observados. (OECD, 2015, p. 48)

Ahora bien, con el propósito de que una norma de ratio fijo se considere efectiva, el país que establezca esta norma dentro de su legislación tributaria debe regular un nivel o porcentaje apropiado para hacer frente a la erosión de la base que involucre intereses. Al mismo tiempo, debe reconocerse que los países difieren tanto en términos de su entorno económico como en términos de normas tributarias que involucra intereses.

Así, existen muchos factores que podrían afectar la competitividad de los países para atraer inversiones, incluida la tasa impositiva, la composición de la base tributaria y

las reglas sobre deducibilidad de intereses. Por lo tanto, sin un enfoque de mejores prácticas, existe el riesgo de que los problemas de competencia lleven a los países a adoptar porcentajes de ratios fijos en un nivel alto, lo que permitiría deducir más gastos por intereses y reducir así la eficacia de la regla para combatir BEPS.

Por ello, a efectos de una mejor coordinación del enfoque para establecer un porcentaje de ratio fijo entre países y reducir el riesgo de que los mismos se vean obligados a aplicar un porcentaje a un nivel demasiado alto para abordar BEPS, la OCDE recomienda que los países establezcan el porcentaje de ratio fijo dentro de un margen de mejores prácticas.

Así al establecer el citado margen, el objetivo principal es:

- Permitir a la mayoría de los grupos deducir una cantidad equivalente a su gasto de interés neto de terceros (asumiendo que el gasto de interés neto se distribuye alrededor del grupo de acuerdo con la contabilidad-EBITDA).
- Limitar la medida en que los grupos puedan usar los gastos por intereses intragrupo para reclamar las deducciones de intereses netos totales en exceso de sus gastos de intereses netos de terceros. (OECD, 2015, p. 49)

Por las razones reseñadas, las conclusiones de la Acción 4 defienden la utilización de márgenes fijos entre el 10% y el 30% (gastos netos de intereses por EBITDA), estableciendo seis factores para ayudar a los países a determinar un porcentaje de ratio fijo (*fixed ratio*) que combata la erosión de las bases imponibles como consecuencia de la utilización de intereses.

Bajo este escenario, la OCDE reconoce que los países difieren en términos de marcos legales y circunstancias económicas, por ello es necesario que para establecer un ratio fijo adecuado que combata la erosión fiscal que involucre intereses, los países deben considerar los siguientes seis factores (OECD, 2015, p. 50):

- (i) Un país puede aplicar un porcentaje de referencia (*fixed ratio*) más alto si opera una regla de ratio fijo de forma aislada, en lugar de operarlo en combinación con una regla de ratio grupal (*group ratio rule*);
- (ii) Un país puede aplicar un porcentaje de referencia (*fixed ratio*) más alto si no permite que los intereses no deducidos en un año determinado puedan aprovecharse en los años siguientes (*carry forward*) o los límites no alcanzados puedan ser utilizados en los años siguientes (*carry forward*) (en el caso de que se produzca un error);
- (iii) Un país puede aplicar un porcentaje de referencia (*fixed ratio*) más alto si aplica otras reglas específicas que abordan otros objetivos específicos en los que hay riesgos de BEPS que involucren intereses;
- (iv) Un país puede aplicar un porcentaje de referencia (*fixed ratio*) más alto si cuenta con tasas de interés vigentes más elevadas en comparación con las de otros países;
- (v) Un país puede aplicar un porcentaje de referencia (*fixed ratio*) más alto donde por razones constitucionales u otras razones legales (por ejemplo, los requisitos de la legislación de la UE), tiene que aplicar el mismo tratamiento a diferentes tipos de empresas que se consideran legalmente

comparables, incluso si estas empresas plantean niveles de riesgo y exposición al BEPS distintos;

- (vi) Un país puede aplicar diferentes márgenes o ratios fijos dependiendo del tamaño del grupo multinacional de una determinada empresa.

Finalmente, es importante indicar que cuando un país regula y aplica diferentes porcentajes de ratios fijos (*fixed ratios*) para empresas de grandes corporaciones en comparación con otras empresas, debe incluir disposiciones para acomodar a aquellos grupos que sobrepasan el umbral, por ejemplo, a través de una fusión. Dichas disposiciones transitorias deberían estar disponibles durante un periodo máximo de tres años para proporcionarles a los grupos la oportunidad de ajustar sus estructuras de capital.

### **1.2.2 Group Ratio Rule**

A diferencia de la regla de ratio fijo mediante la cual una empresa de manera individual puede deducir únicamente sus gastos por intereses netos hasta un porcentaje fijo de su EBITDA, la norma de ratio grupal permite equilibrar y reducir el impacto de los grupos que cuenten con un mayor nivel de endeudamiento.

Es por ello, que la (OCDE, 2015) dentro de los parámetros de mejores prácticas recomienda que los países consideren la posibilidad de combinar una regla de ratio fijo con una regla de ratio grupal. Dicha combinación permitiría a una empresa que pertenezca a un grupo altamente apalancado deducir el gasto de interés neto en exceso en contraposición de la deducción obtenida derivada de la aplicación de una norma de ratio fijo, basada en la proporción financiera relevante del grupo mundial. Así, el porcentaje

de ratio fijo se puede mantener bajo, en particular para aquellas empresas de grandes grupos multinacionales, asegurándose de que la regla de ratio fijo sea efectiva para combatir la erosión fiscal, mientras que la norma de ratio grupal compensa dicha operación.

La regulación de una ratio grupal se puede introducir como una disposición adicional separada, o como parte integral de una regla general que ya incluya una regla de ratio fijo. En ambos casos, depende de cómo un país pretende que operen los diferentes objetivos de ambas reglas. Por ejemplo, una norma única con dos partes puede ser más fácil de aplicar si un país determina que los elementos de la regla de ratio fijo y la regla de ratio grupal deberían usar el mismo cálculo del EBITDA de la empresa basado en las consideraciones fiscales.

En tal sentido, cuando la relación de intereses netos/EBITDA de una empresa exceda la de su grupo, esta puede reclamar deducciones hasta el porcentaje establecido para el ratio grupal. Solo serán reparados u observados los gastos por intereses netos que excedan el ratio de su grupo.

Ahora bien, un factor clave en la regla de ratio grupal es la obtención de la información financiera del grupo, ya que la regla de ratio grupal necesita que una empresa cuente con aquella información que le permita determinar el ratio de gastos financieros netos de terceros/EBITDA de su grupo mundial. Lo cual implica que una empresa obtenga información sobre su grupo que pueda ser auditada por la autoridad fiscal local, reduciendo la necesidad de que dicha autoridad fiscal reciba información de las autoridades fiscales de otros países. Es así como debería diseñarse una ratio grupal de

modo que la regla sea razonablemente simple de aplicar por los grupos y las autoridades fiscales. Sin embargo, cuando una empresa no tenga la capacidad de obtener la información necesaria sobre su grupo para aplicar la norma de ratio grupal, aún cuenta con la posibilidad de aplicar la regla del ratio fijo y deducir aquellos gastos financieros netos hasta el ratio de referencia fija.

En buena cuenta, los estados financieros consolidados proporcionan la fuente de información más confiable del grupo mundial. Así las cosas, al aplicar la regla del ratio grupal se tomará en consideración la información brindada por los estados financieros consolidados. Por ello, la OCDE recomienda que aquella información sea auditada ofreciendo mayor certeza a las autoridades fiscales donde se ubica la empresa del grupo. A pesar de ello, un país puede facultar el uso de estados financieros consolidados no auditados, siempre y cuando se encuentren sujetos a ciertas formas de confirmación independiente o puedan haber sido evaluados por la autoridad fiscal.

Finalmente, la OCDE recomienda que como mínimo, los países acepten estados financieros consolidados formulados acorde con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados (GAAP) y las normas contables más comunes utilizadas por los grandes grupos multinacionales (es decir, las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), las GAAP japonesas y los GAAP estadounidenses). En el caso de los grupos listados, los estados financieros consolidados auditados estarán disponibles en fuentes públicas, incluido el sitio web del grupo. En otros casos, los estados financieros consolidados deberán ser proporcionados directamente a la autoridad fiscal por las empresas del grupo, de modo que la autoridad fiscal pueda utilizar la información en el marco de los convenios internacionales aplicables, principalmente para confirmar con las

autoridades fiscales del país de la empresa matriz del grupo que los estados financieros consolidados que se les han proporcionado son los mismos que los proporcionados por la empresa holding, razonablemente a efectos de asegurarse que el grupo esté utilizando los mismos Estados Financieros consolidados en diferentes países.

Siendo así las cosas, no podemos perder de vista y reiterar que la implementación de estas “mejores prácticas” deben tomar en consideración que cada país tiene sus propias limitaciones constitucionales y la configuración de sus ordenamientos jurídicos tributarios aplicables, los cuales deben ser evaluados por los legisladores de cada país para así introducir estas limitaciones a las deducciones de intereses de manera idónea.

## **2. Planificaciones fiscales y Cláusulas Antielusivas**

Habiendo explicado las “mejores prácticas” recomendadas por OCDE para combatir la subcapitalización, consideramos pertinente ahora detallar como estas, que normalmente son institucionalizadas en un ordenamiento jurídico a través de una SAAR de tipo subcapitalización, se complementan con una GAAR en la lucha contra las planificaciones fiscales agresivas. Para tal fin, analizaremos la sustancia de ambas cláusulas antielusivas, como los supuestos que combaten.

Ahora bien, partiendo de la premisa que quienes dirigen una empresa tienen la capacidad de elegir cómo realizar sus actividades económicas, una variable importante al tomar dicha decisión son las consecuencias tributarias que pudieran surgir de su actuar, y en esa línea asumimos como premisa válida que es perfectamente posible elegir las que sean las menos gravosas, siempre que ello no implique contrariar el sistema tributario.



No obstante, frente a esa situación “aparentemente” neutral y objetiva, los Estados han diseñado normas antielusivas para limitar tal derecho, cuando dicha elección deriva en ilegal o afecta de alguna manera la normativa vigente. Tales normas tienen como finalidad combatir la erosión de las bases imponibles provocada entre otras razones por la deducción excesiva de intereses y lograr de ese modo reducir o corregir los efectos perniciosos causados por los planeamientos tributarios estructurados por los contribuyentes mediante esquemas de subcapitalización, cuando el único fin o verdadero propósito de tal estructura es pagar un menor Impuesto a la Renta que el que hubiera correspondido en caso que no se hubiera adoptado tal estructura.

Atendiendo a este escenario, al momento de enfrentar la problemática de la introducción de las cláusulas antielusivas en las legislaciones tributarias domésticas, tanto aquellas de carácter general como de carácter específico, es decir, las GAARs y las SAARs – como las venimos denominamos en este trabajo- consideramos importante definir previamente en qué consiste la planificación fiscal para poder comprender los alcances tributarios de tales cláusulas.

En términos generales, para Marín citado por (Calderón y Quintas, 2016):

(...) se viene entendiendo que la planificación fiscal comprende cualquier operación, estructura o fórmula lícita para realizar un negocio jurídico que incluye un ahorro o ventaja fiscal por comparación con el importe del gravamen que correspondería exigir de no llevar a cabo tales actos o contratos a través de los que se logra esa ruta o vía menos gravada. Se considera que en determinadas

condiciones la planificación fiscal es lícita, como expresión de la explotación de las posibilidades de autorregulación de intereses en que consiste la autonomía privada y la libertad de empresa, considerando la imposibilidad de hacer un juicio ético o moral sobre el *quantum* del tributo que supere o trascienda de la legalidad tributaria, esto es, el importe del impuesto justo (o injusto), no deriva ni es competencia de la moral sino del legislador que es quien determina la configuración y elementos esenciales de los impuestos y del sistema tributario en su conjunto. (p. 11)

Según, (Prieto, 1995):

La planificación fiscal (...) puede entenderse como la reflexión y cálculo de antemano de la forma de optimizar la utilización de la normativa reguladora de los impuestos con que se gravan las operaciones (...), con el afán de que la carga fiscal sea la menor posible; pero, eso sí, dentro de la legalidad. (p. 121)

Desde ambas perspectivas, consideramos que la subcapitalización constituye una forma de planificación fiscal y tal como lo ha reconocido la propia OCDE, es una técnica aplicada por grandes empresas como vehículo para aminorar sus cargas tributarias, establecida a través de procesos minuciosos en donde los contribuyentes pueden llegar a encubrir –rasgo que de por si es ilícito- verdaderas aportaciones de capital, con la única finalidad de pagar un menor impuesto a la renta.

Dicha práctica adquiere especial relevancia, debido a que los citados préstamos o créditos constituyen en la realidad una capitalización disimulada, un falso

endeudamiento, toda vez que bajo el ropaje de recursos ajenos se encubre una auténtica financiación con recursos propios. (Prieto, 1995)

En buena cuenta, la planificación fiscal es aquella actividad que conduce a minimizar o diferir en el tiempo la carga tributaria de una operación específica o de un conjunto de operaciones, respetando el ordenamiento vigente. Las técnicas o esquemas que pueden emplearse son prácticamente infinitos, pero generalmente se basan en el empleo de empresas situadas en países con un régimen fiscal atractivo. Así, puede tratarse de una sociedad holding, de una sociedad financiera que actúa como intermediaria en la captación de recursos, de una sociedad de inversión o de una sociedad de prestación de servicios. Asimismo, la planificación fiscal puede incidir tanto en los impuestos directos como en los indirectos y es, en principio, una actividad perfectamente legítima (Falcón y Pulido, 2013).

Sin embargo, la planificación fiscal puede implicar en determinados casos, “la configuración de estructuras verdaderamente fraudulentas o elusivas” (Chirinos, 2008, p. 295), las mismas que han provocado la introducción de cláusulas antielusivas por parte de los Estados en sus legislaciones tributarias domésticas.

En definitiva, frente a aquellas conductas elusivas reveladas a través de las estructuras minuciosas de planificación fiscal ejercidas por los contribuyentes, los Estados han regulado normas antielusivas: “las cláusulas generales, que prevén conductas de abuso o fraude no referidas de modo específico a la aplicación de un determinado tributo y las cláusulas especiales referidas a determinadas conductas que afectan la aplicación de un tributo en concreto” (Soler, 2014, p. 33). Considerando además la

coexistencia de ambas normas dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos tributarios.

Las cláusulas antielusivas generales se manifiestan usualmente a través de normas establecidas en el Derecho positivo, pero también como criterios o principios establecidos vía doctrina jurisprudencial. En cambio, las cláusulas antielusivas especiales o específicas son siempre normas de Derecho positivo. (Soler, 2014)

El profesor español García Novoa, define a las cláusulas antielusivas como aquellas que combaten la elusión fiscal en los siguientes términos:

Las técnicas para combatir la elusión fiscal tienen en las llamadas *cláusulas antielusorias* uno de sus más claros exponentes. Las mismas pueden definirse, de modo muy genérico, como estructuras normativas cuyo presupuesto de hecho aparece formulado con mayor o menor grado de amplitud, y al cual se ligan unas consecuencias jurídicas, que, en suma, consistirán **en la asignación a la Administración de unas potestades consistentes en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio o a aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir**. La utilización del concepto “cláusula”, que puede definirse como “disposición contenida en un contrato o convenio”, se justifica porque, en su origen, las cláusulas antielusión aparecen vinculadas a los Convenios Internacionales. [Énfasis añadido] (García Novoa, 2005, p. 668)

Asimismo, es importante enfatizar que las cláusulas antielusivas “se pueden clasificar, según el grado de detalle con que aparece formulado su presupuesto de hecho” (García Novoa, 2014, p. 668).

La diferencia entre ambos tipos de cláusulas (GAARs y SAARs) es revelada en su propia denominación, es decir, en el caso de las primeras, son normas de amplia cobertura y pueden ser aplicadas a un sin número de casos, justamente atendiendo a esta generalidad, usualmente se encuentra regulada en el Código Tributario, y en el caso peruano, se encuentra establecida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario.

En esa línea, para Pistone citado por (García Novoa, 2014), respecto a la definición de las GAARs:

Las cláusulas generales son las que mejor se acomodan a la definición de cláusulas antielusión pues su presupuesto aparece amplitud, y su consecuencia consiste en desconocer el acto o negocio realizado con ánimo elusorio, para, a continuación, proceder a aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir. (p. 668)

En lo que respecta a las SAARs frente a las GAARs, (García Novoa, 2014) explica lo siguiente:

Frente a ellas las “cláusulas específicas” o *ad hoc*, son las previsiones contenida en la ley para un supuesto concreto (*in fattiespecie esclusiva*). A diferencia de las

cláusulas generales, que siempre se materializan en la atribución de una potestad genérica a la Administración para desconocer actos, hechos o negocios realizados en fraude, abuso, *conflicto en la aplicación de la norma...*, las técnicas legislativas para incluir en el ordenamiento las cláusulas especiales son de lo más variado. Así, pueden adoptar las formas de hechos imponibles complementarios, presunciones o, incluso, ficciones tributarias. (p. 670)

En efecto, a través de ambos tipos de cláusulas (GAARs y SAARs), la legislación tributaria establece límites que podrían recaer sobre los deudores tributarios respecto al escudo que le puedan proporcionar las mismas normas jurídicas. En tal sentido, el propósito de los legisladores mediante ambas cláusulas antielusivas es alcanzar una mayor cobertura sobre “la existencia de una “laguna” o imperfección en el sistema tributario” (García Novoa, 2005, p. 121). Con ello, nos referimos a esos espacios (denominados también “lagunas normativas”) con normas referentes al concepto de calificación económica, así como aquellas que intentan contrarrestar el fraude a la ley tributaria, a través de la GAAR, como otras de carácter específico, incluida la SAAR de tipo subcapitalización objeto de análisis de la presente tesis.

Con el panorama más claro, deseamos subrayar que el objetivo primordial de análisis de esta segunda sección es poder determinar la relación entre la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización, a efectos de corroborar si la primera es suficiente para combatir los supuestos de elusión tributaria o se requiere a la SAAR como un “puerto seguro” (*safe harbor*), es decir como aquella norma que establezca de manera *per se* cuando una empresa incurre en una situación de subcapitalización, de modo que los contribuyentes al estar advertidos se posicionen justamente dentro de los parámetros indicados en esta

norma y la Administración Tributaria tenga un actuar limitado, o si más bien la SAAR de tipo subcapitalización constituye una directriz que coadyuve a esta última entidad a aplicar la GAAR.

## **2.1. Consideraciones previas en torno al concepto de la *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR)**

A efectos de explicar la sustancia de una GAAR, consideramos necesario establecer previamente de manera generica las diferencias entre los conceptos de economía de opción, elusión, evasión, simulación y fraude de ley

Una vez establecidas las diferencias entre los distintos conceptos, podremos arribar a un entendimiento de la GAAR peruana, es decir de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario peruano.

Antes bien, es preciso señalar que el desarrollo del contenido de la Norma XVI abarca ciertos términos expuestos como el de simulación y cuales serían las características de las operaciones fraudulentas, tales como: carácter artificioso o impropio y que como consecuencia de su uso resulten efectos jurídicos o económicos distintos (es decir, tributariamente más ventajoso) a los que generamente corresponderían los actos usuales o propios (actos que evidentemente los contribuyentes decidieron no realizar para evitar sus consecuencias fiscales), luego de su última modificación; pero, a su vez, es relevante indicar que hay otros que no se encuentran consignados en las normas jurídico – tributarias que son usualmente utilizadas para explicar la sustancia de la GAAR.



Finalmente, consideramos relevante el estudio de los conceptos señalados, toda vez que como la profesora Soler enfatiza: “El abuso o fraude a la ley tributaria (o si se prefiere, elusión fiscal o “planificación fiscal agresiva”) es un tema **nuclear del Derecho Tributario** que presenta una serie de perfiles comunes en todos los ordenamientos” [Énfasis añadido] (Soler, 2014, p. 32)

### 2.1.1. Economía de opción

El profesor (Tarsitano A., 2008), ha definido a la economía de opción en los siguientes términos:

En la economía de opción (se asume que) no hay hecho imponible porque el uso de formas jurídicas conduce a un resultado económico, que aunque produzca un resultado idéntico el legislador tributario no intentó alcanzar. Las personas actúan en el ámbito de la libertad contractual que la ley les otorga. No se produce tensión alguna entre la conducta del sujeto y el fin de la Ley tributaria. (p. 873)

(Sotelo, 2012), por su parte define a la economía de opción como:

(...) (llamada también planeamiento tributario, ahorro tributario, mitigación tributaria, o lo que algunos denominan “elusión tributaria lícita”, o el *tax saving*) que es perfectamente lícita, pues se basa en la facultad que tienen los individuos de configurar sus transacciones de la mejor manera, del modo más eficiente y menos gravoso posible. (Sotelo, 2012, p. 23)



Cabe precisar que el ahorro tributario en el que incurre el contribuyente a través de la economía de opción no se hace desconociendo una norma, ni realizando maniobras de elusión, ni tampoco mediante el abuso de derecho o formas jurídicas. En contraposición, la economía de opción se hace justamente aplicando correctamente la norma o valiéndose de los resquicios que el propio legislador, por desconocimiento o voluntad, ha establecido al momento de regular normativamente una determinada situación o negocio (Lalanne, 2005).

Por tal razón, resulta evidente que las planificaciones fiscales deben enmarcarse en los límites de la legislación tributaria para ser considerados dentro del supuesto de economía de opción. En virtud de lo afirmado, concluimos que la planificación fiscal es el género y la economía de opción, su especie.

Así (Sotelo, 2012) señala:

Nadie niega que todo deudor tributario tiene la posibilidad -algunos dicen “derecho”- para diseñar y configurar sus transacciones y negocios de la manera que más convenga a sus fines y, en línea con ese propósito, puede también propender a reducir o eliminar su carga tributaria. (p. 23)

Esto ha sido reconocido en el campo de la tributación a través del caso emblemático *Gregory vs. Helvering* tempranamente en el año 1935, que si bien concluyó no dándole la razón al contribuyente, dio una primera definición a la “economía de opción”. En dicha sentencia se señaló: “(...) cualquiera puede arreglar sus asuntos de modo tal que su impuesto sea lo más reducido posible, no se encuentra obligado a elegir

la fórmula más productiva para la tesorería, ni existe el deber patriótico de elevar uno sus propios impuestos” (Sotelo, 2012, p. 23).

El tema de discusión en el citado caso consistió en dilucidar si al margen del derecho que le asiste a todo contribuyente de estructurar sus operaciones económicas con un menor impacto tributario, se cumplió con el objetivo de la Ley respecto al tratamiento preferencial para las reorganizaciones. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos determinó que el contribuyente empleó la figura de la reorganización para encubrir un propósito fiscal distinto, toda vez que no se puede validar una reorganización que no se encuentre avalada por una razón de negocios (es decir, sustentada en el *business purpose*).

El Tribunal Fiscal peruano ha ratificado el criterio de la economía de opción en diversas resoluciones, como por ejemplo en la Resolución N° 07114-1-2004, la cual señala:

(...) no puede ser aceptado desde un punto de vista estrictamente jurídico, que los contribuyentes están obligados, en el momento de realizar sus operaciones económicas, a adoptar la opción que tenga una mayor carga tributaria y a descartar la opción que tenga una menor carga tributaria.

Así lo han entendido también, Simón, Checa, González y Lozano (citado por Lalanne, 2005), opinión que compartimos plenamente:

El ahorro de impuestos es uno de los motivos lícitos que influyen en las decisiones de todos los contribuyentes. La motivación fiscal no es por sí misma condenable, sin perjuicio de que excepcionalmente puede extenderse la aplicación del tributo cuando se realicen conductas en fraude de ley tributaria imprevisibles para el legislador, siempre que se adopten las garantías precisas para equilibrar el privilegio que se otorga en estos casos a la Administración. (p. 111)

### 2.1.2. Elusión

Para intentar una definición de elusión y aclarar qué entendemos por tal concepto, consideramos importante lo que (Tarsitano, 2008) explica a continuación:

¿Y en la elusión? Resulta obvio que si hablamos de la necesidad de reaccionar contra un tipo de conducta esquivada, que hemos dado en llamar elusión, deberíamos empezar definiendo qué cosa es. En este campo, por encima de matizaciones, podríamos concentrar tres visiones:

- a) La que considera que es una conducta lícita, tolerada por el sistema jurídico fiscal, aunque no reciba el mismo consentimiento que la economía de opción, con la que suele identificarse.
- b) La que encuentra en ella una transgresión indirecta de la ley tributaria, que logra evitar el hecho imponible (conducta *in fraude legis*).
- c) La que consagra una violación de la ley tributaria, con la particularidad del medio empleado que, empero, no logra evitar el hecho imponible (conducta *contra legem*).

Donde sí hay consenso es en el medio que se emplea para ponerse a salvo de la ley tributaria (por evitación o por violación): el uso de formas jurídicas con algún nivel de anomalía, desde que producen un resultado económico idéntico al gravado pero que han sido establecidas por el orden jurídico general con una finalidad diferente. [Énfasis añadido] (p. 873)

La doctrina determina dos formas de elusión: legítima e ilegítima. La primera forma refiere al acogimiento de una norma con el fin de poder obtener un mejor resultado fiscal, situación que únicamente se configura como ilegítima cuando aquello proviene del aprovechamiento de ciertos artificios por medio de actos impropios.

Ahora bien, a decir de Salto Van Der Laat (citado por Chirinos, 2008) los conceptos de elusión fiscal legítima y de elusión fiscal ilegítima significan:

La primera será el resultado de una adecuada planificación fiscal (...) y se identifica con la economía de opción. Por su parte, la elusión fiscal (...) ilegítima es la expresión que define a la elusión fiscal strictu sensu y referida a la utilización indirecta de medios jurídicos para rodear la norma jurídico-tributaria. (p. 296)

Del concepto establecido por el profesor Tarsitano, tenemos que la elusión en su forma legítima se asemeja al concepto de la economía de opción. Por su parte, la elusión sólo se configuraría cuando se presentara de una forma ilegítima, alejándose de la economía de opción. En esa línea, (Lalanne, 2004) afirma:

(...) debe diferenciarse nítidamente “economía de opción” como todo ahorro de impuesto realizado de conformidad con la norma legal vigente y la “elusión de impuesto” como un concepto genérico en el cual podrían quedar englobados el fraude de ley y el abuso de derecho. Es por ello que consideramos oportuno emplear el término “economía de opción” en lugar de la expresión “elusión lícita de impuestos”, en cuanto esta última puede dar lugar a confusiones terminológicas. (p. 202)

### **2.1.3. Evasión**

La evasión tributaria consiste en aquel comportamiento de un contribuyente que sin reservas transgrede la legislación tributaria, a través de la evitación del cumplimiento de determinadas obligaciones con la finalidad de obtener un beneficio por tal omisión.

Así, tal como lo indicaba Rosembuj (citado por Sevillano, 2014):

El núcleo de la conducta transgresora no es otro que el ocultamiento de rendimientos, bienes y derechos de contenido económico mediante la utilización de documentos material o ideológicamente falsos, la realización de actos o negocios jurídicos que se correspondan a la realidad jurídica efectiva o la obstrucción/destrucción que impide la determinación de la deuda tributaria. (p. 138)

En esa línea, para (Castillo, 2009) la evasión tributaria existe:

(...) cuando ya nació la obligación del pago del impuesto y el sujeto pasivo evita o trata de evitar su cumplimiento o reducirlo ilegalmente; para esto, agrega, se deja de cumplir las obligaciones formales establecidas por la ley o el reglamento respectivas (como es el caso de la ocultación del hecho generador, omitir declarar su realización, declarar algo falso o presentar documentos falsos, entre otros). (p. 98)

(Sevillano, 2014) señala con claridad que:

En concreto, cualquier acto que configure una evasión tributaria será un ataque frontal contra las reglas del ordenamiento jurídico y será sancionable no solo por la falta de pago de los tributos, sino por adquirir la naturaleza de auténticas conductas delictivas. (p. 138)

Ahora bien, respecto de la relación entre la evasión y elusión, (Sotelo, 2012) señala:

(...) ambas, evasión y elusión, provocan un resquebrajamiento de la confianza pública en los sistemas tributarios, y contribuyen a la generación de un determinado círculo vicioso: al afectar negativamente los niveles de confianza en los sistemas impositivos y en el aparato administrativo institucional del Estado, incrementan la desconexión de los ciudadanos y el gobierno, y así los miembros de la colectividad se tornan menos deseosos de cumplir voluntariamente con las leyes tributarias. (p. 25)

En tal sentido, podemos afirmar siguiendo a Sotelo, que los Estados al introducir una GAAR, buscan o pretenden generar confianza en los inversionistas.

Así, tenemos que:

(...) la introducción de una cláusula antielusiva general, por el contrario de espantar las inversiones, al nivelar el campo de juego, contribuirá a favorecer la confianza de los inversionistas. Muchos países tienen esa cláusula general y no se ha visto que en ellos se haya tenido el efecto de bajar la inversión. (Sotelo, 2012, p. 25)

Finalmente consideramos sobre este punto y tal como lo señalaremos más adelante, que la introducción de una GAAR en el sistema tributario fortalece la lucha contra las figuras de la elusión y evasión, así como lo convierte en más garantista de los derechos de los contribuyentes, toda vez que en un ordenamiento jurídico como el nuestro donde la actuación de la Administración Tributaria sobre los actos de los contribuyentes ha sido muy incisiva, se enmarcaría dentro de los parámetros de la seguridad jurídica.

#### **2.1.4. Simulación**

La simulación por su parte, consisten en la realización de negocios aparentes por el sujeto con el fin de ocultar lo realmente sucedido en la realidad.

En esa línea, (Ferrara, 1991) señala:



Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. (p. 249)

Ahora bien, dentro de la doctrina se ha reconocido dos tipos de simulación. La simulación absoluta se manifiesta al momento en que las partes crean por medio de la propia declaración una apariencia de negocio que no quieren realizar y de la cual no esperan efecto alguno, es decir, una apariencia que carece de contenido verdadero y la simulación relativa, en donde las partes crean la apariencia de un negocio jurídico que será distinto al que realmente quieren. Así, en el primer tipo sólo existe un contrato aparente, mientras que en el segundo tipo existen dos, uno que es el contrato simulado, y otro que es el disimulado, siendo este último contrato el que realmente quieren las partes. (Rosembuj, 1994)

Por su parte, Escribano (citado por Sevillano, 2014) enmarca a la simulación en los siguientes términos:

(...) en relación a la simulación siempre se producirá una contradicción entre la voluntad interna y la declarada. Hay siempre una falsedad, el negocio simulado no se ha llevado a cabo realmente (no se ha pagado el precio de la compraventa simulada; o no se han transmitido los bienes, ni se tiene la intención de hacerlo). Se crea una apariencia jurídica para encubrir la verdadera realidad (...). (p. 141)

Siendo así, (Sevillano, 2014) explica que:



Tanto si se trata de una simulación absoluta como de una relativa, el contribuyente está creando figuras con apariencia de realidad para favorecerse de un tratamiento tributario; por lo que en tales casos, la Administración Tributaria podrá prescindir del negocio jurídico simulado y exigir el tributo conforme a los hechos efectivamente realizados. (p. 141)

Finalmente, sobre este punto señalamos la Resolución de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, realizadas en Isla Margarita en Venezuela en el año 2008 – en donde se reunieron tributaristas latinoamericanos destacados-, en las que el Perú estuvo representado, concluye que:

**Quinta.** La simulación implica la generación de una apariencia, con la finalidad de evitar el régimen jurídico – tributario del acto o negocio disimulado.

Cuando tiene como finalidad causar perjuicio para el Fisco puede constituir un acto elusivo o evasivo, dependiendo las circunstancias de hecho y de las exigencias del tipo infractor. (XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, 2008, pág. 35)

No obstante, debemos tener en cuenta que las posiciones desarrolladas no manifiestan una perspectiva absolutamente consensuada en la doctrina, pero que desde nuestra perspectiva, las posiciones aplicadas por los autores citados coadyuvan a tener una referencia sobre la sustancia de los conceptos que hemos observado sobre este tema.

### 2.1.5. Fraude a la Ley

Sobre el fraude a la ley, Calderón (citado por García Novoa, 2014) señala lo siguiente:

(...) en la acepción de “fraude” que se maneja en el Derecho comparado, late la idea de que *fraude tributario* en sentido estricto, es igual a no pago ilegal de un tributo y de que el fraude puede realizarse por medio de una infracción. (p. 667)

Para (Sevillano, 2014) en el fraude de ley:

(...) es común que el contribuyente recurra a formas artificiosas para realizar sus negocios o abusos de las formas jurídicas para conseguir la aplicación de las normas tributarias según su conveniencia. Por ello, es frecuente que la lucha contra el fraude se establezca a partir del desenmascaramiento de las formas jurídicas mal utilizadas por los contribuyentes. (p. 143)

Entonces, cuando nos referimos a fraude de ley, nos encontramos ante una figura que implica que el sujeto abusa deliberadamente del ordenamiento legal, mediante la estructuración de operaciones económicas que tienen la apariencia de ser válidas, como por ejemplo, la constitución de empresas con el fin de obtener un beneficio tributario, sin que dicho sujeto pretenda efectuar esas operaciones en la realidad.

En esa línea, (Ramos, 2014) señala: “(...) el contribuyente adopta y ejecuta negocios jurídicos que, si bien son legales en la forma y configuración, no lo son en objeto

y motivación, toda vez que fueron implementados para obtener resultados que le son propios” (p. A2).

Finalmente, sobre este punto el maestro Escribano (citado por Sevillano, 2014) enfatiza:

La artificiosidad persigue básicamente una finalidad fiscal, casi siempre, únicamente. En el ámbito tributario los expedientes de fraude de ley deben tener como objetivo, precisamente, que no se aplique la norma (tributaria) que la ley ha querido en relación con la auténtica operación jurídica realizada; la finalidad del abuso de las formas jurídicas ha sido la elusión de la norma tributaria, por eso, se habrá de apreciar la discrepancia entre forma y substancia del negocio. (p. 143)

En definitiva, para finalizar el desarrollo de los conceptos de economía de opción, elusión, evasión, simulación y fraude de ley como especies de la planificación tributaria, a continuación un cuadro que resume las definiciones de estos conceptos, los cuales sirven de fundamento de una GAAR, como lo explicaremos en el apartado 2.2. de esta investigación:

<b>Economía de Opción</b>	<b>Elusión</b>	<b>Evasión</b>	<b>Simulación</b>	<b>Fraude a la Ley</b>
El contribuyente actúa en el ámbito de la libertad contractual, configurando sus transacciones del modo más eficiente y menos gravoso posible, no incurriendo en el hecho imponible descrito en la ley.	El contribuyente estructura sus transacciones utilizando formas jurídicas con un nivel de anomalía, que producen un resultado económico idéntico al gravado, sin afectarlas al impuesto.	El contribuyente sin reserva transgrede la legislación tributaria, evitando el cumplimiento de determinadas obligaciones, obteniendo un beneficio económico a cambio del no pago de impuestos.	Simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe (simulación absoluta) o es distinta de aquel que realmente se ha llevado a cabo (simulación relativa).	El contribuyente abusa deliberadamente del ordenamiento legal mediante la estructuración de operaciones económicas que tienen la apariencia de ser válidas. Si bien la forma y configuración de las estructuras son aceptadas, no lo son en el objeto y motivación.

Fuente: Elaboración propia.

En ese contexto, finalmente traemos a colación lo señalado por Sotelo:

(...) el tema del fraude de ley, de elusión fiscal, de simulación y todas las figuras asociadas, se basan en la comprensión de que el derecho es uno, que el derecho no debe ser abusado, que las causas típicas están para algo y que en función de éstas tienen que utilizarse, incluso y, sobre todo, en el derecho público y en el derecho tributario. (Liu, Sotelo y Zuzunaga, 2012, p. 413)

Esta declaración no hace más que resaltar la importancia de la introducción de las cláusulas antielusivas en las legislaciones tributarias domésticas, tema que como ya hemos señalado, explicaremos a detalle en el apartado siguiente.

## **2.2. Cláusula antielusiva general: *General Anti-Avoidance Rule (GAAR)***

En lo que respecta a las GAARs, (Rajmilovich, 2014) sostiene que:

Las cláusulas antielusivas generales (GAARs por su sigla en inglés: “*general anti-avoidance rules*”) constituyen reglas domésticas (normas o doctrinas judiciales) que permiten a las Autoridades Fiscales recaracterizar o recalificar una transacción o una serie de transacciones concertadas con el único o principal propósito de obtener beneficios fiscales o bien cuando su sustancia económica aparece desacoplada de la forma o estructura jurídica utilizada. (p. 125)

La mayoría de las legislaciones han establecido una norma que permite contrarrestar las prácticas elusivas de los contribuyentes sin reducirse a un supuesto específico. La GAAR en nuestro país se encuentra regulada en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario.

Sobre las cláusulas antielusivas generales señala García Novoa:

Las cláusulas generales tienen como presupuesto de hecho (...) un *fenómeno elusorio* formulado en términos genéricos, de manera que dentro del mismo puedan incluirse situaciones relativas a cualquier figura tributaria del sistema. Ese *fenómeno elusorio* adquiere diversas denominaciones en los distintos Estados; **fraude de ley** en la LGT española de 1963, “conflicto en la aplicación de la norma tributaria” en la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) española, en vigor desde el 1 de julio de 2004, **abuso de las formas jurídicas o de las “posibilidades de configuración”** – *Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten* – en Alemania, **abus de droit**, en el derecho francés,

**“ineficacia de actos y negocios jurídicos” e inoponibilidad** en Portugal, etc.

[Énfasis añadido] (García Novoa, 2005, p. 122)

De la cita anterior podemos observar que en la legislación comparada se establecen distintas denominaciones a las GAARs, las mismas que buscan principalmente contrarrestar el fraude a la ley, el abuso de derecho, el abuso de las formas jurídicas o de las “posibilidades de configuración”, la “ineficacia de actos y negocios jurídicos” y la inoponibilidad.

Asimismo, el alcance y aplicación de las GAARs varían de jurisdicción a jurisdicción. En efecto, algunos ordenamientos como Reino Unido son tradicionalmente contrarios a la aplicación de reglas antielusivas generales, por cuanto en su concepción las GAARs generan incertidumbre jurídica en perjuicio tanto del Fisco como de los contribuyentes al basarse en conceptos tan vagos como la “intención” del contribuyente o indeterminados como la “buena fe”.

Sobre el particular, el Modelo de Convenio de las Naciones Unidas en los comentarios al Artículo 1º, Parágrafo 27 indica que con el fin de reducir al mínimo la incertidumbre que puede resultar de la aplicación de este enfoque, es importante que se aplique este principio rector sobre la base de las conclusiones objetivas de los hechos, no sólo sobre la supuesta intención de las partes. Por lo tanto, la determinación de si el objetivo principal para realizar transacciones o acuerdos es obtener ventajas fiscales, debe ser sobre la base de una determinación objetiva basada en todos los hechos y circunstancias relevantes, de que, sin estas ventajas fiscales, el contribuyente

razonablemente habría entrado en las mismas transacciones o acuerdos (Rajmilovich, 2014).

Asimismo, respecto a las normas antielusivas generales existe una distinción clásica, desde el modo de producción, caracterizado en los sistemas de Derecho continental europeo por la codificación de este tipo de normas, mientras que en los sistemas anglosajones, las normas se han decantado como resultado de la doctrina jurisprudencial. No obstante, en la actualidad esta distinción ha restado importancia, habida cuenta que existen normas codificadas en sistemas anglosajones como también en sistemas continentales tenemos que en ausencia de normas codificadas, la jurisprudencia ha decantado una doctrina antiabuso (Soler, 2014).

Sobre el particular, (García Novoa, 2005) explica que:

Incluso, dentro de las cláusulas generales se diferencian las de “corte continental”- propias de Estados como España, Francia, Alemania, Portugal y algunos de Latinoamérica – de las de “origen anglosajón”. También se incluyen dentro del concepto de cláusula general algunas figuras de los ordenamientos tributarios de países del *Common Law*, en los que las fuentes normativas puede tener, además del derecho escrito, naturaleza judicial, de modo que la lucha contra la elusión se llevará también a cabo a través de la aplicación jurisprudencial de ciertos principios como ocurre con los casos de Estados Unidos o el Reino Unido, o de manera parcial en Canadá, con relación por ejemplo a la aplicación de la regla del *business purpose test*. (p. 122)



A propósito del *business purpose test*, (Yael, 2012) señala: “Se denomina “*business purpose test*” a la observación del propósito del negocio, a fin de detectar si la única finalidad del mismo consiste en obtener un beneficio fiscal y, en su caso, proceder a la desestimación y recalificación de operaciones”. (p. 141)

El mismo autor destaca como ventaja de las cláusulas generales:

(...) su efecto disuasorio al venir fijadas en una norma con rango de ley y la posibilidad de su aplicación una vez llevada a cabo la operación o negocio elusorio. La eficacia de estas cláusulas se proyectaría, pues, tanto *ex ante* como *ex post* (...). Las cláusulas generales son también más dúctiles y flexibles en su aplicación y tienen una mayor vocación de estabilidad por su formulación abierta, lo que permite que resulten aplicables a una gran cantidad de “hipótesis concretas”. (García Novoa, 214, p. 672)

Ahora bien, tanto las cláusulas generales como las cláusulas específicas van a ser útiles en la medida en que se encuentren diseñadas para contrarrestar supuestos distintos. La máxima eficacia de una cláusula general es vista desde la perspectiva de la Administración, debido a que puede aplicarla para combatir cualquier tipo de conducta antielusiva que se presente sin la necesidad de esperar a que el legislador apruebe una medida específica en el momento de detectar una conducta de ese tipo (Soler, 2014).

Ahora bien, a efectos de comprender como funcionan las GAARs, consideramos pertinente exponer la perspectiva comparada establecida por (Krever, 2016) luego de analizar las GAARs existente en 39 países, el autor concluyó que si bien las formas de



GAAR varían ampliamente, generalmente se dividen en cuatro modelos empleados por los Estados, de acuerdo al siguiente detalle:

1. Un primer modelo de GAAR llamada de “actos y beneficios”, consta de reglas que permiten a las autoridades fiscales identificar una transacción o un conjunto de transacciones que tienen el **propósito o el efecto (de manera menos frecuente)** de proporcionar un tratamiento tributario favorable y luego recalculan la obligación tributaria del contribuyente sobre la base de una transacción hipotética que las autoridades fiscales suponen habría sido la utilizada si el contribuyente no hubiera seguido la ruta tributariamente más eficiente. Las GAAR en este grupo analizan los actos realizados y los beneficios obtenidos, sin la necesidad de identificar una sustancia económica. Esta GAAR (de actos y beneficios) se encuentra principalmente en jurisdicciones anglosajonas como Australia, Canadá, India, Nueva Zelanda, Sudáfrica y el Reino Unido, aunque algunas también se regulan en otras jurisdicciones como la italiana o la China.

2. Un segundo modelo de GAAR es la que se genera de la práctica judicial (USA), estableciendo normas según las cuales las autoridades tributarias interpretan y aplican el Derecho Tributario a la sustancia económica de una transacción (o conjunto de transacciones) en lugar de su forma legal (específicamente, en el caso de Turquía se denomina sustancia real). La regla normalmente permitirá a las autoridades fiscales redeterminar la obligación tributaria sobre la base de una transacción legal hipotética que refleje mejor la sustancia económica subyacente de la operación.

3. Un tercer modelo de GAAR, discutido por algunos países, es una "GAAR" judicial basada en la adopción por los tribunales de doctrina de abuso de derecho amplia (es el caso de República Checa); y,

4. El cuarto modelo de la GAAR es aquella doctrina de abuso de derecho regulada legalmente que se aplica cuando un contribuyente adopta un acuerdo ficticio o uno que es válido en términos legales pero que se usa para defraudar la intención de la legislación fiscal (es el caso de Francia).

Como podemos observar del desarrollo de estos cuatro modelos de GAARs en la legislación comparada tienen como común denominador que se le permite a la Administración Tributaria recalificar la obligación tributaria del contribuyente sobre la base de una transacción hipotética alternativa, distinta a la estructura legal elegida por el contribuyente para disminuir el pago del impuesto.

Adicionalmente a ello, se le permite a la Administración Tributaria recurrir a los dos tipos de reglas citadas, es decir, la regla de reconstrucción explícita sin analizar la sustancia económica y la regla de la sustancia económica.

Para efectos de la aplicación de ambas reglas, (Krever, 2016) presentó el siguiente caso:

Puede ilustrarse con el ejemplo de un contribuyente que forma parte de un conjunto complejo de acuerdos para evitar que un préstamo tenga la forma de una deuda. Bajo la regla de reconstrucción explícita, a las autoridades fiscales se les

permitiría sustituir una transacción ficticia (un préstamo directo) por los arreglos utilizados por el contribuyente. Bajo el enfoque de la sustancia económica, las autoridades fiscales pueden examinar la totalidad de los acuerdos y encontrar que realmente existe un préstamo, aunque sea por una ruta algo compleja, y aplicar la ley tributaria directamente a la deuda. Comúnmente, el poder de las autoridades fiscales para recalificar sobre la base de una transacción hipotética alternativa.

(p.5)

Ahora bien, respecto a la regla de la sustancia económica, se aplica directamente el Derecho Tributario a la operación realizada por el contribuyente, interpretando los actos, situaciones y relaciones económicas del caso de tal manera que calcen en el supuesto de la norma (es decir se prioriza a la sustancia de una operación sobre su forma).

Por otro lado, al aplicar la segunda regla, la recalificación se hace sustituyendo la transacción usada por el contribuyente por una que la Administración Tributaria considera apropiada (esto responde a la regla de la reconstrucción explícita), la cual expone adicionalmente la facultad para recalificar el tributo basada en una transacción hipotética alternativa, sin importar si fuera explícita o implícita de la GAAR.

Es precisamente por ello que García Novoa señala:

En las cláusulas generales es la Administración la que tiene que probar la concurrencia del presupuesto de hecho de la cláusula, soy partidario de que lo más conveniente -si se reconoce la capacidad de la Administración para perseguir las formas de elusión- es que exista una cláusula general con un presupuesto de hecho

lo más concreto posible, donde la discrecionalidad se reduzca al máximo y se complete con algunas -no muchas- cláusulas especiales para casos muy ostensibles de elusión. Me parece mejor esa solución que dejar exclusivamente en la responsabilidad del legislador y de las cláusulas especiales la lucha contra la elusión fiscal. Si la cláusula general está bien redactada y, en la medida de lo posible, su presupuesto de hecho es concreto, me parece que es la mejor solución (García Novoa, 2005, p. 21)

La cláusula general se justifica por las enormes dificultades que supone el intentar combatir la elusión tributaria sólo mediante cláusulas especiales. Intentar combatir la elusión fiscal mediante cláusulas especiales significa prever comportamientos elusivos concretos. Sin embargo, el contribuyente va a acabar inventando nuevas formas de elusión y el legislador va a tener que seguir previendo estos comportamientos, con lo cual la legislación se va a convertir en una especie de juego del “gato y el ratón”: el contribuyente inventando vías de elusión y el legislador “taponándolas”. Eso genera inestabilidad y cambios normativos frecuentes lo que tampoco es bueno (García Novoa, 2005, p. 20)

Es preciso indicar que en la legislación tributaria peruana, la actual Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario peruano con vigencia desde el año 2012, tiene como antecedente a la Norma VIII.

El primer párrafo de la GAAR, tanto de la Norma VIII<sup>12</sup> como de la Norma XVI, señalan textualmente lo siguiente: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho

---

<sup>12</sup> Cabe indicar que no existe consenso en la doctrina nacional que la Norma VIII sea una GAAR.

imponible, la SUNAT tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”.

Sin embargo, bajo la aplicación de la Norma VIII, el Tribunal Fiscal peruano determinó que el citado primer párrafo sólo tenía asidero sobre los casos de simulación, más no sobre los de fraude a la ley. Así, en la RTF N° 06686-4-2004 señaló que la SUNAT no estaba facultada para revisar la intención económica perseguida por el contribuyente en una determinada operación y por lo tanto únicamente se le facultaba a lo siguiente: “(...) verificar los hechos realizados atendiendo a su sustrato económico, a efecto de establecer si [...] se encuentran subsumidos en el supuesto de hecho descrito en la norma”.

Desde la existencia de ese antecedente normativo, se mostraron diversas posturas respecto a la GAAR, al considerarla una norma invasiva para el contribuyente y demasiado permisiva para la Administración Tributaria; permitiendo así a la legislación acoger el criterio de calificación económica, más no el de fraude a la ley.

Si se asume, como lo hizo el Tribunal Fiscal que la Norma VIII, sólo estaba destinada a combatir supuestos de simulación, debe entenderse que la Norma XVI se aplica tanto en supuestos de fraude a la ley o elusión tributaria.

Sobre el particular, (Sevillano, 2014) acertadamente señala que bajo la Norma XVI queda aclarada la facultad de la SUNAT con respecto al fraude a la ley, conforme a lo establecido al tercer párrafo, ya que el mismo caracteriza a los actos fraudulentos señalando:

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

Finalmente y volviendo a la Norma XVI Sevillano acota dos temas adicionales. El primero es que se han reforzado las facultades de la SUNAT para poder luchar contra las conductas elusivas. Si antes existió una discusión acerca de si la administración podía desbaratar los actos realizados en fraude a la ley, ello ahora ya no es posible porque la Norma XVI ha regulado cuáles serían las características de las operaciones fraudulentas: carácter artificioso o impropio<sup>13</sup> y que de su uso resultan efectos jurídicos o económicos distintos a los que reportarían los actos usuales o propios que no se siguieron únicamente por razones tributarias.

---

<sup>13</sup> Aunque no se ha definido que se debe entender por tales conceptos.



Por su parte, Sevillano agrega que el segundo tema está referido a la relación entre la prohibición de analogía en materia tributaria y la Norma XVI. Como se ha visto, la Norma VIII precisa que: “En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley. Lo dispuesto en la Norma XVI no afecta lo señalado en el presente párrafo”. Al respecto, se ha interpretado que, en los casos de elusión y especialmente en el fraude de ley, al desconocer las formas artificiosas de los actos realizados por el contribuyente y aplicar las consecuencias jurídicas de las normas eludidas, se produce una aplicación analógica de estas normas [RTF N° 06686-4-2004]. Desde la perspectiva de Sevillano ello no es correcto puesto que en los casos de aplicación de normas defraudadas no ocurre un caso de analogía, sino uno de aplicación de la norma que corresponde a la naturaleza de los hechos sin que haya que respetar la forma, justamente, “artificiosa” en la que el contribuyente puede haberlos presentado. (pp. 146-149)

Ahora bien, el problema del alcance de ambos supuestos dentro de la misma norma al momento de su aplicación, es justamente por lo que la norma fue declarada suspendida mediante Ley N° 30230, suspensión que no ha sido levantada a la fecha.

Finalmente, (Sevillano, 2014) respecto a las críticas a la Norma XVI señala:

(...) nada de esto tiene otra justificación que no sea debilitar la fuerza de una norma cuya principal intención es que no sea posible estructurar las operaciones de los contribuyentes de forma antojadiza, obviando la responsabilidad de asumir los costos tributarios que ellas implican e intentando sorprender a la

administración con apariencia que esconden los verdaderos propósitos elusivos. (p. 150), opinión que compartimos plenamente.

### **2.3. Cláusula antielusiva específica: *Specific Anti-Avoidance Rule* (SAAR) con especial énfasis en la norma de subcapitalización**

En lo que respecta a las SAARs, (Rajmilovich, 2014) sostiene que:

Las normas antiabuso específicas (SAARs por su sigla inglés: “*specific anti-avoidance rules*”) en consecuencia son reglas domésticas que operan teniendo en miras un objeto específico (“*targeted*”), sea una forma de conducta o un impuesto y/o aspecto determinados. (...) las SAARs (p.ej. las reglas domésticas contra la capitalización exigua, reglas de precios de transferencia, reglas de transferencia fiscal internacional, etc.) pueden tener por objeto calificar ciertos hechos o su atribución, o fijar reglas de derecho para determinar el encuadre de determinadas transacciones o estructuras con el propósito de proteger la equidad, consistencia o coherencia interna del sistema tributario. (p. 126)

En cuanto a la práctica peruana en materia de cláusulas antielusivas específicas, (Cores Ferradas, 2014) explica lo siguiente:

Ahora bien, en lo que se refiere a las cláusulas antielusivas específicas, la legislación doméstica peruana contempla hechos imponibles complementarios, presunciones y ficciones con el objeto de enfrentar de manera focalizada determinadas conductas que afectan a la aplicación de un hecho imponible



concreto. Así, por ejemplo, a las recientes cláusulas antielusivas introducidas (...) [en el Perú] – tales como los nuevos supuestos de hecho en los que se entiende configurado un dividendo, la imposibilidad de deducir la pérdida de capital en casos de *wash sales*, la prohibición de deducir gastos constituidos por la diferencia entre el valor nominal de un crédito originado entre partes vinculadas y su valor de transferencia a terceros que asuman el riesgo crediticio del deudor y las nuevas reglas antiabuso en materia de reorganización de sociedades – se deben sumar aquellas cláusulas antielusivas específicas que ya existían – como las reglas de subcapitalización y los antiguos supuestos de configuración de dividendos – así como aquellos regímenes normativos, claramente antielusivos, como es el caso de las reglas de precios de transferencia, los países o territorios de baja o nula imposición, la enajenación indirecta de acciones y la transparencia fiscal internacional, que por su amplitud de alcance exceden largamente el concepto puntual de las cláusulas antielusivas específicas (p. 403)

Por otro lado, “Las cláusulas especiales se reconducen en última instancia a ficciones tributarias o a hechos imponderables complementarios que la Administración aplica sin necesidad de probar la concurrencia del hecho”. (García Novoa, 2005, p. 20)

Sin embargo, desde la perspectiva del contribuyente, una cláusula específica por su tipicidad y adecuación a una conducta en particular ofrece mayores garantías de certeza pero también, mayor eficacia por su efecto preventivo y disuasorio en relación a la conducta en concreto. (Soler, 2014)

Así lo señala (Prieto, 1995):

Las prácticas de elusión y evasión impositivas (...) son muy frecuentes, al establecerse estas conductas al amparo de normas que no están específicamente destinadas a una determinada situación, incluso incurriendo en el abuso de las formas jurídicas.

Estas prácticas anteriormente citadas deben combatirse por el ordenamiento jurídico mediante medidas adecuadas, para ello la Administración tributaria debe huir de normas de carácter general y establecer normas especiales antielusión-antievación. (p. 133)

Adicionalmente a ello, conviene recordar que en el terreno de las operaciones económicas los agentes económicos deben tomar decisiones de inversión. En tal sentido, (Yael, 2012) señala lo siguiente:

“Considerará para ello la escasez de los recursos de que dispone y el abanico de opciones sobre el que debe centrar su atención. [habida cuenta que] En lugar de hallarnos ante un consumidor de bienes y servicios nos encontramos ante un “consumidor de normas”. (p. 126)

Traemos a colación esta cita, en virtud de que consideramos que la SAAR de tipo subcapitalización coadyuva a combatir estrategias elusivas en este ámbito, y que además genera en el contribuyente una certeza sobre la seguridad jurídica que ofrece un Estado a aquellos inversionistas que desean realizar sus actividades económicas en sus respectivas jurisdicciones, SAAR que en definitiva le permitirá a un potencial contribuyente restar el mayor riesgo posible a sus respectivas inversiones.

En efecto, la SAAR de tipo de subcapitalización es justificable dentro de un ordenamiento jurídico tributario basada en:

La justificación para que los estados impongan normas de subcapitalización es el principio internacional de la distribución de la carga fiscal o financiera, es decir, el derecho que tiene cada país de gravar las rentas que se producen en el mismo. Con este derecho, se justifica la norma antielusión para tratar de proteger o reforzar la recaudación en el país de origen donde se generan los rendimientos del capital. (Chevarría, 2008, p. 16)

Adicionalmente queremos explicar la importancia que representa los comentarios al artículo 9° del MC OCDE, de los cuales hemos hecho mención en el capítulo 1 de la presente tesis, como mejor práctica para la aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización, toda vez que se debería permitir a los Estados practicar ajustes para negar la deducibilidad de intereses, en virtud del Principio de Independencia, tomando en cuenta la ratio fija establecida por la SAAR, que en nuestro país representa un coeficiente de 3.1 al patrimonio neto del contribuyente, como una cláusula de escape a dicho coeficiente establecido en la SAAR para demostrar que los esquemas de subcapitalización se dieron en virtud de operaciones económicas realizadas a valor de mercado.

Ahora bien, quisiéramos señalar como antesala a la complementariedad entre la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización, asunto respecto del cual señaláremos nuestra posición en el apartado 2.4. de la presente investigación, la Resolución N° 10923 emitida por la Sala 8 del Tribunal Fiscal en el año 2011, la cual confirma la Resolución de

Intendencia N° 0250140007596/SUNAT contra el Grupo Interbank. Así, la RTF señalada considera:

Que la Administración refiere que los valores impugnados fueron emitidos de acuerdo a ley por lo que la nulidad alegada carece de sustento, que la facultad otorgada por la Norma VIII ha sido ejercida al repararse el Impuesto General a las Ventas al determinarse que la recurrente no sustentó documentariamente que la transferencia de parte del inmueble se haya efectuado como transferencia de activos en un proceso de reorganización de sociedades por escisión, infiriéndose que la transferencia no refleja la realidad económica que se produjo en los hechos, que de la documentación presentada se aprecia la falta de identidad entre la transferencia del activo y el supuesto proceso de reorganización, constituyendo una subcapitalización de empresas a efecto de obtener ventajas tributarias consistente en generar endeudamientos entre vinculadas para crear pasivos falsos a efecto de realizar una distribución irregular de beneficios y una rebaja en las utilidades por obligaciones por pagar ficticias (en lugar del pago de dividendos). (RTF N° 10923-8-2011, p. 2)

En tal sentido, el Tribunal Fiscal determinó la existencia de falta de identidad entre la transferencia de parte de la Torre Interbank como activo de Intercorp y el supuesto proceso de reorganización de sociedades por escisión con el banco Interbank, resultando este hecho – a su criterio- una subcapitalización de empresas con la finalidad de obtener ventajas tributarias, señalando además que en lugar de inyectarse capital a la empresa se produjo un endeudamiento con una entidad vinculada, creando obligaciones y pasivos falsos produciéndose una distribución irregular de beneficios dentro del mismo grupo

económico, rebajando la utilidad de la empresa con obligaciones por pagar ficticias y no como reparto de dividendos, resultando aplicable la Norma VIII, al ser una situación anómala a los actos comunes de las empresas.

El caso peruano citado no hace más que reafirmar la postura que presentaremos en el apartado 2.4 siguiente, toda vez que el propio Tribunal Fiscal peruano aplicó la GAAR vigente en el 2011, establecida en la Norma VIII del Título Preliminar del Código Tributario.

#### **2.4 ¿Son complementarias la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización?**

En el presente acápite sostenemos en virtud de la dinámica entre la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización que ambas normas son complementarias, tal como sustentamos a continuación.

En efecto, sobre el particular, (Krever, 2016) señala que todas las jurisdicciones fiscales tienen SAAR's, las que pueden operar en conjunto con una GAAR.

Las GAAR y las SAAR son bastante compatibles, las autoridades fiscales podrían inclinarse a aplicar una GAAR en aquellos casos donde el contribuyente hubiera estructurado deliberadamente una transacción para eludir una SAAR. Así, una razón para la aparente compatibilidad de la GAAR y la SAAR son los objetivos y *modus operandi* fundamentalmente diferentes de los dos tipos de reglas.

La GAAR desmantela, con fines tributarios, los arreglos o acuerdos que pueden seguir siendo efectivos para fines del Derecho Civil y sustituye hipotéticamente los arreglos y acuerdos en su lugar para recalificar la obligación tributaria. En contraposición, una SAAR generalmente acepta la legitimidad de las transacciones construidas con fines tributarios, pero niega los beneficios fiscales de los aspectos de las transacciones que exceden los límites establecidos por la SAAR. Por ejemplo, una regla de subcapitalización no impide que los inversionistas financien subsidiarias en forma de deuda en lugar de capital, pero si establece un límite en las deducciones de intereses que estarán disponibles con respecto a la deuda.

Ahora bien, un contribuyente puede evitar completamente la operación de la SAAR permaneciendo dentro de los límites del puerto seguro [*safe harbour*] que establece. De manera similar, se aplicará una regla que elimine el beneficio fiscal de los préstamos con intereses bajos o nulos a los accionistas cuando los intereses cobrados se encuentren por debajo del umbral de activación de la SAAR, pero esto no tiene impacto en los préstamos que tienen tasas de intereses más altas. En el uso de reglas fiscales particulares, las SAAR también proporcionan límites sobre lo que es y no se considera abusivo.

Cabe precisar que los diferentes roles de las GAAR y las SAAR no impiden la aplicación simultánea de los dos tipos de reglas antielusivas en circunstancias apropiadas. Un ejemplo de ello es el uso de préstamos de empresas vinculadas para evitar la aplicación de reglas de subcapitalización que solo se aplican a préstamos hechos directamente por las empresas matrices. Las autoridades fiscales podrían aplicar primero la GAAR para recalificar los préstamos de empresas vinculadas como préstamos de la compañía matriz

y luego aplicar la SAAR de subcapitalización para limitar las deducciones de intereses disponibles para el prestatario (Krever, 2016).

En esa misma línea, el profesor Tarsitano en una entrevista sobre la figura de la Cláusula Antielusiva General en el Perú señala lo siguiente:

**¿Cómo sería la aplicación de una norma antielusiva general como la Norma XVI con relación a las diversas normas antielusivas específicas que existen en un ordenamiento jurídico determinado? ¿Dicha relación debe ser complementaria, subsidiaria o excluyente?**

Las cláusulas especiales son efectivas porque actúan sobre el caso ya conocido. El sistema se defiende contra la amenaza que conoce. Pero esto es el universo de los casos conocidos. Luego viene el universo de casos que no previstos. Frente a ellos se plantea cómo debe el Estado resolverlos. Una manera es adoptar una cláusula general. (IUS 360°, 2014)

Por su parte, (Soler, 2014) en cuanto al tema de la prueba para la aplicación de los efectos de las cláusulas antielusivas enfatiza:

En cuanto al tema de la prueba, generalmente, tanto las cláusulas generales como las específicas, se sustentan en pruebas por indicios, dada la dificultad de probar el elemento subjetivo (la intención de eludir del contribuyente) y respecto de la carga de la prueba, desde luego que la regla debe ser la misma con independencia de que se trate de una norma general o específica, aunque sí es cierto que en

ocasiones, dada la tipicidad de determinadas normas antiabuso específicas, se produce un desplazamiento de dicha carga al contribuyente (por ejemplo, cuando debe probar el motivo económico válido de la operación); en estos casos, debe valorarse la norma a la luz del principio de seguridad jurídica y sobre todo, valorar la carga impuesta al contribuyente con un criterio de proporcionalidad. (p. 35)

En cuanto al alcance de aplicación de la GAAR y sus efectos legales, en el Perú contamos con la Norma XVI del Título Preliminar del TUO del Código Tributario (GAAR peruana), norma que sin embargo hoy se encuentra suspendida (conforme a la Ley N° 30230).

La citada GAAR peruana permite que una transacción o una serie de transacciones pueda ser desconocida para efectos tributarios, siempre y cuando se cumplen dos condiciones: (i) que el objetivo principal de la transacción sea reducir los impuestos (esta condición se plantea como requisito básico) y, (ii) sobre la base de una evaluación general de los efectos de la transacción (incluido el valor comercial), el propósito de dichas operaciones económicas sea contrario al propósito básico de las disposiciones tributarias.

En efecto, si se producen tales condiciones, el efecto legal de la aplicación de la GAAR será que dichas transacciones sean desconocidas o recalificadas a efectos fiscales.

Si bien es cierto que la GAAR no constituye por sí misma una base legal para determinar los efectos tributarios de las transacciones desconocidas o recalificadas, esos efectos se determinarán con base a las disposiciones legales ordinarias de la legislación tributaria.



Siendo ello así, queremos presentar sobre este punto, un caso emblemático en el que se analizó la interrelación entre la regla del principio de independencia y la GAAR. Nos referimos específicamente a la sentencia de la Suprema Corte de Noruega en el caso seguido contra la empresa Ikea<sup>14</sup>. El objeto de discusión consistió en evaluar si la deducibilidad de los intereses sobre la deuda entre empresas establecida como parte de una reorganización intragrupo, podría ser denegada a efectos tributarios basado en el principio de independencia o en la GAAR.

Así, en el año 2007, IKEA reorganizó su cartera de propiedades inmobiliarias conformada por siete inmuebles ubicados en Noruega y USA, de modo que las citadas propiedades se escindieron, sin efectos tributarios, de la empresa matriz noruega y se colocaron en siete nuevas compañías separadas. Las acciones de estas compañías inmobiliarias se colocaron en una compañía de propiedad de IKEA recientemente establecida, y las acciones de esta compañía se vendieron a su vez a la compañía matriz

---

<sup>14</sup> A continuación, presentamos los hechos de la reorganización de tipo escisión estructurada por el grupo IKEA:

Ikea Handel og Eiendom AS es el líder noruego del grupo internacional Ikea, cuya matriz a su vez es Ingka Pro Holding BV.

En el 2006, Ingka Pro Holding BV fundó un nuevo holding llamada Ikea Eiendom Holding AS, la cual hasta mayo de 2007, fue propietaria de cinco propiedades y dos contratos de bienes raíces en Nueva York por un valor total de aproximadamente 2.1 mil millones de coronas noruegas.

En dicha fecha (mayo de 2007), Ikea Handel og Eiendom AS realizó una reorganización en la que escindió y transfirió sin efecto tributario sus siete inmuebles a siete compañías inmobiliarias nuevas, compañías especiales en un grupo inmobiliario separado bajo la propiedad de Ikea Handel og Eiendom AS, arguyendo que deseaba tener un mejor tratamiento financiero de sus inversiones inmobiliarias.

En agosto de 2007, las acciones de las siete compañías inmobiliarias se transfirieron de Ingka Pro Holding BV a Ikea Eiendom Holding AS. El valor de las acciones se fijó en 2 132 530 000 coronas noruegas. El valor reflejó el valor real total de las propiedades adquiridas.

Posteriormente, Ikea Handel og Eiendom AS a través de un préstamo intragrupo del banco del grupo belga Ikea Service Center adquirió las acciones de Ikea Eiendom Holding AS por 2 132 530 000 coronas noruegas, convirtiéndose así en propietario indirecto de los inmuebles.

original, que luego se convirtió en un propietario indirecto de las mismas propiedades. La última adquisición fue financiada a través de un préstamo con un vinculado. (Norway vs. IKEA Handel og Ejendom, 2016)

Es así como, sobre la base de la GAAR, la Suprema Corte Noruega llegó a la conclusión de que no se podía permitir a la empresa matriz deducir los intereses del préstamo con sus vinculados, debido a que consideró que el objetivo principal de la reorganización fue ahorrar impuestos vía deducción de intereses. En este caso, las autoridades tributarias solo aplicaron la GAAR, más no se aplicó la SAAR de tipo subcapitalización.

Resumiendo, el grupo IKEA realizó una escisión en una de sus empresas mediante la cual los bienes inmuebles fueron transferidos a compañías separadas y, posteriormente, fueron adquiridos por el contribuyente y el precio de compra se financió con un préstamo intragrupo de una empresa del grupo situada en el exterior. Después de la reorganización, el contribuyente se convirtió en propietario indirecto de los bienes inmuebles que previamente fueron propiedad directa. Fue un acuerdo entre el contribuyente y las autoridades tributarias sobre el hecho de que el contribuyente no estaba suficientemente capitalizado y que los pagos de intereses estuvieron acorde con el principio de independencia.

Sin embargo, las autoridades tributarias aun así argumentaron que la deducibilidad de los gastos por intereses podría negarse en función de la regla del principio de independencia como, es decir, utilizarla como una regla contra la evasión. De ese modo, la Suprema Corte estableció que la regla del principio de independencia no

era aplicable en todos los casos donde existe una reducción de ingresos debido a una comunidad de intereses entre los contribuyentes involucrados. Específicamente, la Corte estableció el principio de que las transacciones de capital están fuera del ámbito de aplicación de la regla del principio de independencia.

Consideramos importante además señalar que la interacción entre la regla del principio de independencia y las reglas sobre limitación de intereses, deberían ser tomados en consideración por los legisladores a efectos de que con la aplicación de este principio pueda realizarse la reestructuración de la deuda en capital, o de lo contrario, se realicen los ajustes de la tasa de interés hasta ajustarse al nivel del principio de independencia.

Ahora bien, luego de que se realicen los mencionados ajustes, se puede aplicar la respectiva norma del límite de intereses para justamente limitar las deducciones permitidas de los gastos por intereses (*arm's length*). Como lo señaláramos en la primera sección de este capítulo, la Acción 4 del Plan de Acción BEPS reconoce la posibilidad de que un país pueda aplicar una prueba *arm's length*, además de una regla de tope de intereses como una regulación de mejores prácticas, siempre que ello no reduzca la efectividad de la regla de mejores prácticas para combatir la erosión de bases y el desplazamiento de beneficios que involucren intereses. Podemos reafirmar entonces, que la Acción 4 se focaliza en la efectividad de la regla del tope de interés de mejores prácticas como una limitación para la aplicación del principio *arm's length* en el ordenamiento jurídico interno.

Entonces, la relación que existe entre la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización, es decir, sobre aquellas reglas que establecen límites de intereses se podría efectivizar en la realidad como aquella práctica donde las empresas intentan mitigar el impacto de las reglas de los límites de interés mediante el uso de una serie de estrategias diferentes, por ejemplo, a través de la sustitución de una deuda entre partes vinculadas por capital para evitar que los gastos por intereses sean desconocidos mientras que los ingresos por intereses siguen sujetos a impuestos, entonces el desplazamiento de beneficios de bases imponibles entre empresas del mismo grupo realizado a través de aportaciones directas de los grupos para así incrementar la capacidad de interés bajo el ratio EBITDA, reemplazando los préstamos internos con deuda externa.

Ahora bien, algunas de estas estrategias (por ejemplo, el uso de aportaciones grupales) deberían ser considerados para su discusión en la política fiscal. Podemos argumentar además que la introducción de la SAAR de tipo subcapitalización fueron introducidas en las legislaciones tributarias domésticas con el objetivo de regular estas transacciones económicas en particular mediante reglas detalladas y específicas como hemos tenido ocasión de ver en los límites recomendados por la Acción 4 para contrarrestar los esquemas de subcapitalización, el umbral para la aplicación de la GAAR es alto, debido a que los ajustes efectuados por los contribuyentes para mitigar el impacto de dichos límites (tanto la regla de ratio fijo y la regla de ratio grupal) deberían no ser vistos como contrarios al objetivo de tales límites.

Ahora bien, ya en este punto de nuestra investigación nos preguntamos **¿Qué ocurriría en el supuesto de que en los ejercicios 2019 y 2020, la SUNAT determine**

**que los intereses han recaído dentro del ratio deuda patrimonio 3/1, pero el nivel de endeudamiento de la empresa que pretende deducirlos está muy cercano a tal ratio?**

La respuesta es clara: no es aplicable la SAAR de tipo subcapitalización, en atención a que no se ha incurrido en el supuesto de hecho formulado en la misma, en estricta aplicación del principio de seguridad jurídica.

Entonces nos preguntamos si en dicho supuesto, **¿Podría ser aplicable la GAAR, partiendo de la premisa que para el caso peruano se encuentre vigente?**

Siendo que desde nuestra perspectiva la SAAR y la GAAR son complementarias, la respuesta a tal interrogante es afirmativa. Obviamente en dicho caso, la Administración Tributaria tendría que probar que no procede la deducción de intereses en atención a que se ha configurado una figura artificiosa o impropia para la consecución del resultado obtenido.

Después de realizado nuestro estudio y especialmente en cuanto a la dinámica de la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización consideramos que su complementariedad está avalada en la existencia de propósitos comerciales y que además constituyen excelentes instrumentos para perseguir y en el mejor de los casos combatir la elusión abusiva.

Finalizamos con una cita del profesor García Novoa, opinión que compartimos plenamente:

De todas formas es evidente que en la disyuntiva de elegir una cláusula general o una cláusula especial, independientemente de que la mejor solución sea una cláusula general bien redactada, como les decía antes, y que pueda haber una buena cláusula general rodeada de una serie de cláusulas especiales, yo creo, en la disyuntiva, es mucho más favorable una cláusula general, antes que dejar la lucha contra la elusión confiada sólo a la existencia de cláusulas especiales. (García Novoa, 2008, pág. 331)

En suma, la respuesta a nuestra investigación es brindar herramientas para que el abuso de derecho sea combatido, y específicamente ante estructuras minuciosas de subcapitalización, estas puedan ser combatidas a pesar de no encontrarse precisamente dentro del límite de 3.1 establecida en la SAAR de tipo subcapitalización peruana contemplada en el literal a) del artículo 37° de la LIR y que ante el abuso de derecho, la GAAR pueda actuar de manera que coadyuve a la directriz planteada por la citada SAAR.

Todo ello, atendiendo al comportamiento del contribuyente, el cual estructura una operación premeditadamente para eludir la SAAR de tipo subcapitalización, es entonces cuando para la Administración Tributaria sería factible aplicar la GAAR estipulada en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. Toda vez que el propósito de la GAAR es fundamentalmente dismantelar a efectos tributarios cualquier operación que constituya simulación o fraude de ley y más ampliamente planificaciones fiscales perniciosas y que si bien es cierto son transacciones económicas válidas a efectos comerciales, la configuración del abuso de derecho no puede ser amparada por el ordenamiento jurídico tributario y por el ordenamiento jurídico en general.

### **3. ¿Cómo se combate la subcapitalización en las distintas legislaciones?**

A continuación presentamos un cuadro que permite observar los distintos tratamientos que le otorga la legislación comparada a la subcapitalización, diversidad de tratamientos que permiten entender la complejidad de esta situación y las distintas regulaciones que han adoptado los Estados, la mayoría de los cuales han adoptado las recomendaciones de BEPS, pero no de manera uniforme.

El cuadro se ha elaborado con la ayuda de diversos profesionales especialistas en Derecho Tributario de cada uno de los países reseñados que tienen relación profesional con la autora.

Una vez concluida esta sección, desarrollaremos nuestro tercer capítulo, donde absolveremos la interrogante principal de este trabajo referida a si debe mantenerse la norma que regula la subcapitalización en la legislación peruana. Previamente a ello, explicaremos cómo se regula esta figura en nuestro ordenamiento, como se reguló previamente y como se regulará a partir del 2021.

PAÍS	LÍMITE	PRECISIONES
<b>Alemania</b>	Como regla general, sólo se puede deducir como gasto financiero hasta el 30% del EBITDA, siendo el exceso gasto no deducible en el ejercicio. Los gastos financieros inferiores al 30% del EBITDA en un ejercicio, es decir la capacidad no utilizada, puede arrastrarse hacia delante 5 años.	<p>Aplicable a <b>vinculados y no vinculados</b>.</p> <p>Se permite probar en contrario que el endeudamiento se pactó a valor de mercado (Principio de Independencia)</p> <p>Excepciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Si el gasto financiero neto por empresa es menor a 3 millones de euros, no se aplica el límite del 30% del EBITDA. Si el gasto financiero es mayor a 3 millones de euros, el límite del 30% del EBITDA se aplica a la totalidad de gastos financieros.</li> <li>✓ Si la empresa pertenece a un grupo económico y puede demostrar que su ratio patrimonio neto/ activos totales no es inferior en un 2% al valor del ratio equivalente del grupo económico al que pertenece, no se aplica el límite del 30% del EBITDA.</li> <li>✓ En el caso de deuda con vinculadas se exige además el Principio de Independencia, si no se cumple, se recalifica como distribución de utilidades.</li> </ul>
<b>Argentina (Ley N° 27430 y publicada el 29/12/2017 pero aún no reglamentada)</b>	<p>Los gastos financieros son deducibles en la medida que no superen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ El monto que establezca el Poder Ejecutivo, o;</li> <li>✓ El 30% de la ganancia neta antes de deducir los intereses financieros o las amortizaciones</li> </ul> <p>Si los intereses deducidos en los 3 ejercicios anteriores fueron inferiores al límite, ese excedente se puede trasladar al límite del presente ejercicio. Es decir que se permite la traslación de la capacidad no utilizada.</p>	<p>Aplicable a <b>vinculados y no vinculados</b></p> <p>No aplica a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Entidades Financieras Ley N° 21546.</li> <li>✓ Fideicomisos Financieros.</li> <li>✓ Empresas cuyo objeto principal sean los contratos de leasing.</li> <li>✓ Intereses pasivos que no excedan el importe de los intereses activos.</li> <li>✓ Demostración fehaciente que el ratio de endeudamiento de la entidad argentina sea igual o inferior al ratio del grupo económico que integra.</li> <li>✓ Demostración fehaciente de que el beneficiario de los intereses tributó el impuesto de ley que correspondía.</li> </ul>



	Los intereses no deducidos en determinado ejercicio podrán adicionarse a aquellos correspondientes a los 5 ejercicios fiscales inmediatos siguientes sujetos a limitación.	
<b>Brasil</b> (Instrucción Normativa RFB 1154 (12 de mayo de 2011) y Ley N° 12.249, de 11 de junio de 2010)	Limite deuda/patrimonio de 2. Léase la deuda no puede exceder 2 veces el patrimonio, el exceso es gasto no deducible	Sólo se aplican a vinculados con pagos al exterior  Excepciones (entre otros): <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ No aplica a préstamos realizados por Bancos</li> <li>✓ No se aplican a las operaciones de endeudamiento con acreedor residente o domiciliado en Brasil, aunque la operación tenga como avalista, fiador, procurador o cualquier interviniente:</li> </ul> (i) persona física o jurídica vinculada, residente o domiciliada en el exterior; (ii) persona física o jurídica residente, domiciliada o constituida en el exterior, en país o dependencia con tributación favorecida o bajo régimen fiscal privilegiado.
<b>Canadá</b> ( <i>Income Tax Act. Section 18 (4)</i> )	Ratio deuda/patrimonio de 1.5.  El exceso es tratado como dividendo.	Sólo se aplican a las subsidiarias establecidas en Canadá por "no residentes específicos", entendiéndose por dicho concepto al accionista o al grupo de accionistas no residentes que poseen el 25% del accionariado de la empresa establecida en Canadá, ya sea porque el 25% les otorga derecho a voto o el 25% es el valor de mercado de la empresa. No hay norma que permita probar en contrario.
<b>Chile (número 27 del artículo 1° de la Ley N° 20.780 de 2014, modificada por la Ley N° 20.899 del 2016)</b>	Ratio deuda/patrimonio de 3. El exceso es considerado gasto deducible pero sujeto a una tasa del 35% por concepto de Impuesto a las Ganancias adicional.	Aplicable a vinculados y solo en caso de que el beneficiario sea del exterior.

<p><b>España (Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en los artículos 15.h y 16)</b></p>	<p>Con carácter general son deducibles los gastos financieros netos devengados en el período impositivo, con el límite del 30% del beneficio operativo del ejercicio. No es deducible el exceso del gasto financiero devengado en el período impositivo que sobrepase el referido límite, si bien existe un importe mínimo deducible de 1 millón de euros.</p>	<p>Aplicable a <b>vinculados y no vinculados</b></p> <p>Adicionalmente existen dos reglas en las que se produce la limitación de su deducibilidad de forma definitiva si la deuda es con otras empresas del grupo mercantil y se cumplen determinados requisitos o de forma temporal en el resto de los casos.</p> <p>Las 2 reglas son:</p> <p>1. Derivados de deudas con empresas del grupo</p> <p>No son deducibles los gastos financieros devengados en el período impositivo cuando se cumplan simultáneamente las dos condiciones siguientes:</p> <p>a) Que procedan de deudas contraídas con otras entidades del mismo grupo mercantil (nº 7520) con independencia de la residencia de las entidades y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.</p> <p>b) Que el destino de la deuda sea:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– la adquisición a otras entidades del mismo grupo de participaciones en el capital de otra entidad (forme o no parte del mismo grupo);</li> <li>– la aportación al capital o fondos propios de otras entidades del grupo.</li> </ul> <p>No obstante, aunque se den estas dos condiciones, se admite la deducibilidad de estos gastos financieros si el contribuyente procede a la acreditación de que existen motivos económicos válidos para la realización de estas operaciones.</p> <p>2. Limitación a la deducibilidad de gastos financieros</p> <p>Esta norma limita la deducción de los gastos financieros devengados en el ejercicio. La no deducción tiene carácter temporal, pues se permite la deducción en períodos</p>
---	--	--

		impositivos posteriores y, además, se vincula la deducción de los gastos financieros al cumplimiento de un determinado ratio sobre el resultado operativo de la entidad (que se explica en el siguiente punto como Gastos financieros deducibles), con independencia de la relación con la entidad con la que se tiene el endeudamiento generador de los gastos financieros.
<b>México (Ley del Impuesto Sobre la Renta Artículo 28°, fracción XXVII)</b>	Límite deuda/patrimonio de 3. El exceso es gasto no deducible	Aplicable a <b>vinculados residentes en el extranjero</b> . El límite del triple del capital contable que determina el monto excedente de las deudas podría ampliarse en los casos en que los contribuyentes comprueben que la actividad que realizan requiere en sí misma de mayor apalancamiento y obtengan resolución por parte del Servicio de Administración Tributaria, léase se permite prueba en contrario.
<b>Noruega (Ley del Impuesto a la Renta Section 6-41 y 13-1)</b>	Como regla general, sólo se puede deducir como gasto financiero hasta el 25% del EBITDA, siendo el exceso gasto no deducible en el ejercicio. Los gastos financieros inferiores al 25% del EBITDA en un ejercicio, es decir la capacidad no utilizada, puede arrastrarse hacia delante 10 años. Existen excepciones a la	Sólo aplicable a <b>Vinculados</b> Excepciones. <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Si el gasto financiero neto es menor a 5 millones de coronas noruegas (aprox. USD 584112) no es aplicable la norma de subcapitalización; pero siempre podría aplicarse la norma antielusiva general aplicándose precios de transferencia.</li> </ul>

	<p>aplicación del límite del 30% del EBITDA que se describen en la siguiente columna.</p>	<p>A partir del 2019 se establece una nueva regla para grupos que consolidan resultados para fines financieros. Según dicha nueva norma, para los grupos que consolidan resultados, si bien se seguirá aplicando como el ratio del 25% del EBITDA, también será aplicable tanto a operaciones vinculadas y no vinculadas, pero en ese caso el tope no son 5 millones de coronas noruegas, sino 25 millones. Esta regla tiene dos opciones de “escape” que permiten la deducibilidad de todos los intereses, a elegir sólo una por el contribuyente (a) probando que la relación entre el patrimonio de la empresa y los activos totales es igual o superior a la del balance general consolidado del grupo, o (b) probando que la relación entre el patrimonio de las empresas noruegas del grupo y los activos totales es igual o superior a la de todo el grupo. La regla de escape b) implica que, si el grupo solo es noruego, dado que la relación es 1 a 1, no será aplicable el límite del 25% del EBITDA, pero si pudiera ser aplicable la norma antielusiva general. Para aquellas empresas que no consoliden resultados, las reglas no cambiarán.</p>
<b>Polonia</b>	<p>Los gastos financieros no pueden exceder el (i) 50% del beneficio operativo y (ii) Valor fiscal de los activos por tipo de referencia.</p> <p>El exceso que no sea utilizable por exceder los topes puede deducirse en los cinco años siguientes</p>	<p>Aplicable a <b>vinculados</b> y <b>no vinculados</b>.</p>
<b>Reino Unido</b>		<p>Se aplican las Normas de Precios de Transferencia. Los intereses que no cumplan esa regla, son no deducibles.</p>

Fuente: Elaboración propia.

### **CAPÍTULO III:**

## **EL TRATAMIENTO QUE LA LEY DE IMPUESTO A LA RENTA PERUANA LE OTORGA A LA SUBCAPITALIZACIÓN**

Cuando iniciamos la presente investigación y nuestro interés en estudiar la subcapitalización y planteamos como objetivo del presente trabajo absolver la interrogante de si debía mantenerse en nuestro ordenamiento jurídico la SAAR que la regula, no se había publicado el Decreto Legislativo N° 1424 del 13 de setiembre de 2018 que ha modificado la LIR en este punto, disponiendo una nueva regulación aplicable a la subcapitalización a partir del 2019 y desde el 2021.

El estudio para el desarrollo de nuestra investigación, los métodos iniciales propuestos por la OCDE para combatir la subcapitalización, la Acción 4 del Plan BEPS, la publicación del Decreto Legislativo N° 1424, nos demostró lo actual y la importancia de la regulación de este tema tan crucial para los países, incluido el Perú.

Ahora, si bien al final de este capítulo concluiremos las razones por las que consideramos que sí debe mantenerse la SAAR de tipo subcapitalización en nuestro ordenamiento jurídico tributario, absolviendo de tal modo el objetivo de este estudio, antes de ello consideramos importante referirnos al tratamiento que la legislación peruana le otorga a la subcapitalización y brindar algunas recomendaciones que debieran incluirse en nuestra legislación, a efectos de conceder un aporte que considere mejores prácticas para el perfeccionamiento de la regulación sobre la subcapitalización de empresas en la legislación tributaria peruana conforme a OCDE, considerando que sus lineamientos han sido adoptados por nuestro país.

## 1. Evolución cronológica de la SAAR tipo subcapitalización en el Perú

En el Anexo I de la presente tesis, incluimos un cuadro que contiene de forma literal el perfeccionamiento de las normas de subcapitalización aplicables para el 2018 y años anteriores existentes en la legislación peruana, la que se encuentra vigente desde el 2019 y hasta el 2020, y la que estará vigente en el 2021, salvo previo cambio legislativo que ocurra antes que las normas aplicables a los ejercicios 2020 y 2021 entren en vigencia.

No obstante, a modo de resumen podemos señalar que la SAAR de tipo subcapitalización se ha regulado en el Perú del siguiente modo:

<b>Desde el 2004 al 2018</b>	Aplicable a endeudamientos con <b>vinculados</b> . El monto máximo de endeudamiento se determinará aplicando un coeficiente de 3 (tres) al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior. No hay sujetos, ni endeudamientos excluidos.
<b>2019 y 2020</b>	Aplicable a endeudamientos con <b>vinculados y no vinculados</b> . El monto máximo de endeudamiento se determinará aplicando un coeficiente de 3 (tres) al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior. Hay sujetos y endeudamientos excluidos.
<b>A partir del 2021</b>	Aplicable a endeudamientos con <b>vinculados y no vinculados</b> . No son deducibles los intereses netos en la parte que excedan el treinta por ciento (30%) del EBITDA del ejercicio anterior. Los intereses netos que no hubieran podido ser deducidos en el ejercicio por exceder el límite antes señalado, podrán ser adicionados a aquellos correspondientes a los cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes. Hay sujetos y endeudamientos excluidos.

Fuente: Elaboración propia.

Como podrán observar, la norma aplicable para el 2019 es una transición para la adopción de las recomendaciones de la OCDE basadas en su Acción 4 del Plan de Acción BEPS publicada en octubre del 2015 y perfeccionada en diciembre de 2016, las cuales nuestra legislación acogerá en parte, debido a que ha considerado aplicar el límite del *fixed ratio rule*, en torno al EBITDA a partir del 2021.

No obstante, queremos exponer a lo largo de este capítulo, que como señala (Liu, 2018) “(...) el Decreto Legislativo N° 1424 solo ha adoptado algunas de las recomendaciones de dicha Acción, en algunos casos en su versión más extrema o sin prever ciertas reglas complementarias para su correcta aplicación” (p. 2).

Sobre el particular, desarrollaremos cómo es que debería nuestra legislación tributaria doméstica perfeccionar las recomendaciones de “mejores prácticas” de la OCDE en el diseño de las normas que regulan limitación de intereses en el acápite 4 del presente capítulo.

## **2. Excepciones a la SAAR de tipo subcapitalización peruana para el 2019 y 2021, y la aplicable a partir del 2021**

A partir del 2019, el Decreto Legislativo N° 1424 ha introducido diversos supuestos de excepción a la SAAR de tipo subcapitalización peruana, que pueden dividirse en dos clases, (i) contribuyentes exceptuados y, (ii) endeudamientos exceptuados, los cuales se describen a continuación.



## **2.1 Contribuyentes Exceptuados**

- ✓ Empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16° de la Ley N° 26702- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Es preciso indicar que esta excepción se da cuando dichas empresas actúan como deudores; léase cuando reciben préstamos, no cuando los conceden.
- ✓ Contribuyentes que mediante Asociaciones Público-Privadas desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan; y,
- ✓ Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2500) UITs.

## **2.2 Endeudamientos Exceptuados**

- ✓ Endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco



de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.

✓ Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:

i. Se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

ii. Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos; y,

iii. La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor.

Cabe indicar que los intereses que recaigan sobre los endeudamientos exceptuados serán computables a efectos de calcular el límite previsto para cada ejercicio, más los intereses que deriven de tales endeudamientos son deducibles aun cuando excedan el referido límite.

### **¿A qué obedecen estas exclusiones?**

Las exclusiones incluidas en la SAAR de tipo subcapitalización de nuestra LIR, son de dos clases.

En lo que refiere a los contribuyentes, exclusiones que califican como subjetivas, el texto modificado de la LIR ha excluido de la aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización a las empresas del sistema financiero, así como también a las Asociaciones Público-Privadas (en adelante APP's) que desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Ambas exclusiones se encuentran acorde con las recomendaciones de la Acción 4 del Plan de Acción BEPS. En el sentido, tal como lo señaláramos en el segundo capítulo de la presente tesis, la OCDE considera que debería existir flexibilidad en cuanto al establecimiento de los márgenes, tanto del ratio fijo como del ratio grupal (ambos límites recomendados para aplicar una mejor normativa de deducibilidad de intereses).

En cuanto al sector de banca y seguros, la OCDE considera que “(...) no tendrá eficacia en evitar la erosión fiscal de bases en los sectores bancarios y de seguros (...) porque los grupos globales normalmente son prestamistas netos lo que supone que tengan ingresos financieros netos en lugar de gastos financieros netos” (Fernández, 2016, p. 198).

En efecto, en el caso de las empresas del sistema financiero entendemos que dicha exclusión obedece a que el objeto social de las mismas es el conceder y obtener endeudamiento, y que al ser supervisadas por una entidad especializada como es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP no correspondería a la Administración Tributaria analizar si se encuentran ante un supuesto de subcapitalización; dado que esta situación sería previamente impedida por su propio supervisor.

Las entidades financieras “por la naturaleza de su propio negocio obtienen financiamiento vía deuda con el fin de generar ingresos para el desarrollo de sus actividades; además de encontrarse sujetas a límites de endeudamiento fijados por el ente regulador”. (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1424, 2018, p. 51)

A mayor abundamiento, la (OECD, 2015) afirma que:

Como es improbable que una regla de ratio fijo y una regla de ratio grupal en este informe aborden la erosión de la base y el traslado de beneficios en los sectores de banca y seguros, los países pueden considerar excluir a las entidades en grupos que operan en estos sectores del alcance de estas reglas, en cuyo caso debe introducir reglas específicas para abordar BEPS en estos sectores. (p. 76)

Por su parte, en lo que refiere a las APP, debemos señalar previamente que el Decreto Legislativo N° 1224 al que refiere el Decreto Legislativo N° 1424 al definir a las APP's fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1362 antes que el Decreto Legislativo N° 1424 fuera publicado, lo cual constituye una falta grave por parte del legislador, debiendo entenderse que cuando la última norma se remita al Decreto Legislativo N° 1224, en realidad lo hace refiriéndose al Decreto Legislativo N° 1362.

Ahora bien, el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 1362 define a las APP's como “una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados”.

Al Estado peruano le interesa sobremanera y así se ha expresado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1362, el desarrollo de las APP's, puesto constituyen un pilar del desarrollo nacional. Ante ello, entendemos, que siendo que las APP's tienen usualmente un mayor nivel de apalancamiento o ratio deuda/patrimonio al que proscribe la SAAR de tipo subcapitalización, al Estado le interesan más los beneficios que estas conceden en conjunto, que se encuentren subcapitalizadas, motivo por el cual se las ha excluido de los alcances de la norma antielusiva específica bajo análisis.

Es preciso recordar lo señalado en el acápite 1.2 del segundo capítulo donde referimos lo señalado por la OCDE sobre el establecimiento de excepciones en los financiamientos de proyectos de interés público, en la medida que se realice con acreedores no vinculados. En este caso, al haberse exceptuado a las APP's del ámbito de aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización se incluye dentro de dicha excepción a los préstamos efectuados con vinculados y no vinculados.

Asimismo, dentro de la clase de excepciones a los contribuyentes que no se les aplica la SAAR de tipo subcapitalización se ha incluido a aquellos cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2,500) UITs. La presente excepción responde a otra de las recomendaciones de la OCDE en su Acción 4 del Plan de Acción BEPS que hemos reseñado en el segundo capítulo, que sostiene que la SAAR de tipo subcapitalización no debería ser aplicable a las Pequeñas y Medianas Empresas (en adelante, Pymes), considerando que estas implican un riesgo lo suficientemente bajo de erosión de la base financiera que se persigue evitar con esta norma antielusiva. Además, excluyendo a las Pymes se permite a la Administración Tributaria concentrarse en las empresas más grandes, que normalmente tienen más

recursos para crear mecanismos que erosionan su base imponible mediante estructuras minuciosas de planificación tributaria, como ocurre en un supuesto de subcapitalización.

Sobre el particular, de acuerdo con las estadísticas obtenidas de la propia SUNAT a través de “Solicitud de Acceso a Información Pública”, realizada a través del Formulario 5030 N° 88015806 por la autora de esta investigación, sólo 10,226 empresas registradas en el Perú ante SUNAT, a setiembre de 2018, obtuvieron en el ejercicio 2017, ingresos mayores a 2,300 UIT's (SUNAT refiere en su respuesta a la Solicitud de Acceso descrita que no existen estadísticas para ingresos de 2,500 UIT's). Las 10,226 empresas citadas representan el 0.48% de todas las empresas registradas ante SUNAT y -donde además se encuentran todas las entidades del sector financiero y de seguros, como también las APP'S- por lo que podemos afirmar que con esta excepción se ha retirado del ámbito de aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización a la mayoría de empresas en el Perú.

La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1424 señala además que la exclusión de la aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización a las empresas con ingresos netos anuales menores a 2500 UIT's está plenamente justificada, puesto que, por ejemplo, en el año 2016 estas tuvieron una elevada concentración de gastos financieros equivalente al 98% de todos los gastos declarados. Siendo así, parece entenderse del texto citado, que no interesa desdoblarse esfuerzos por parte de la Administración Tributaria en controlar a estas empresas, puesto que ello implicaría una inversión mayor al beneficio que se obtendría aplicando dicha cláusula antielusiva específica.

En este punto es importante señalar que existen autores que critican que el Decreto Legislativo N° 1424 no ha introducido reglas anti- fragmentación o atomización como lo recomienda la OCDE, para evitar que las empresas creen diversas entidades que ninguna

supere el parámetro. En esta perspectiva se encuentra Rocío Liu<sup>15</sup>. Coincidimos que debieran incluirse en nuestra legislación una regla anti-fragmentación y sugerimos en este punto, tal como lo ha hecho la OCDE a través de la regla del umbral de *minimis*, aplicar un rango máximo de gasto por intereses netos a las empresas vinculadas, considerando que en el Perú no existe una regla de consolidación grupal de resultados financieros y no podría ser aplicable a empresas que consolidan resultados sino únicamente a las empresas vinculadas. No obstante, presumimos que esta regla no se ha incluido en el Decreto Legislativo N° 1424, puesto que su aplicación práctica es muy difícil, ya que nuestro sistema está diseñado, todavía, para auditar de manera individual a las empresas. Ahora bien, tomando en consideración que nuestra postura respecto que la GAAR y la SAAR de tipo subcapitalización en nuestro ordenamiento son complementarias tal como se describe en el capítulo segundo y se reafirma en el acápite 5 siguiente del presente acápite, en caso ello ocurra, léase por ejemplo, en el supuesto que una empresa se escindiera en diversas empresas únicamente con la finalidad de evitar incurrir en los supuestos no exceptuados de la SAAR de tipo subcapitalización; somos de la opinión que la SUNAT siempre tendrá la facultad de aplicar la GAAR existente en nuestro ordenamiento, en caso se reglamente la actual Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario peruano, no siendo necesario (aunque sí recomendable) en este caso la existencia de una norma anti-fragmentación. Dicha regla debería implementarse previo análisis de la realidad peruana respecto a cuanto pudiera ascender esa deducción máxima de intereses netos, puesto ello depende de múltiples factores, como puede observarse en el cuadro del capítulo segundo de esta tesis que describe las legislaciones en materia de subcapitalización en algunos países del mundo .

---

<sup>15</sup> Nos referimos a su artículo “Análisis crítico de las nuevas reglas que limitan la deducción del gasto por intereses” publicado el 24 de noviembre de 2018 en <https://www.enfoquederecho.com/2018/11/24/analisis-critico-de-las-nuevas-reglas-que-limitan-la-deduccion-del-gasto-por-intereses/>



Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que el DS N° 338-2018- EF que ha reglamentado el Decreto Legislativo N°1424 en lo que se refiere a la subcapitalización si bien no ha introducido una regla anti – fragmentación ha señalado algunas reglas antielusivas, en caso que en el transcurso ejercicio gravable una empresa se fusionara o escindiera. Dicha norma ha señalado que:

- a. En el caso de sociedades o empresas que se escindan en el curso del ejercicio, cada uno de los bloques patrimoniales resultantes aplicará el coeficiente aplicable a la empresa sobre la proporción que les correspondería del patrimonio neto de la sociedad o empresa escindida, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.; y,
- b. Tratándose de fusiones realizadas en el curso del ejercicio, el coeficiente antes mencionado se aplicará sobre la sumatoria de los patrimonios netos de cada una de las sociedades o empresas intervinientes, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.

Ahora, antes de pasar a analizar las excepciones de endeudamientos establecidas en el Decreto Legislativo N° 1424, consideramos importante referirnos a un supuesto no contemplado en el citado Decreto, es decir, el caso de las sucursales peruanas de sociedades constituidas en el exterior.

**¿Debió incluirse a dichas entidades como exceptuadas de los alcances de la SAAR de tipo subcapitalización de nuestra LIR?**

Desde nuestra perspectiva sí debieran estar excluidas para el periodo 2019 y 2020, y a continuación detallamos el porqué.

En el ámbito societario y según lo dispuesto en el artículo 396° de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, las matrices de sociedades extranjeras y sus sucursales constituidas en el Perú son una misma persona jurídica. No obstante, en el ámbito tributario, al encontrarse en distintas jurisdicciones, la legislación tributaria le ha otorgado a tales entidades la calidad de vinculadas, léase ha creado una ficción señalando que en el ámbito tributario son dos personas jurídicas distintas. En efecto, de acuerdo al artículo 24° del Reglamento de la LIR publicado mediante Decreto Supremo N° 122-94-EF, cuando una empresa no domiciliada tiene establecimientos permanentes, como lo es una sucursal, en Perú, se entenderá que dicha empresa se encuentra vinculada con tales establecimientos permanentes y todos ellos entre sí.

Al ser dos personas jurídicas distintas por una ficción tributaria, la remesa de fondos desde la matriz extranjera a la sucursal constituida en el Perú se canaliza normalmente a través de una operación que para fines tributarios califica como un “préstamo”. Cuando el dinero se canaliza bajo esta figura, siendo las partes vinculadas conforme lo hemos reseñado en el párrafo anterior, la LIR obliga a que surjan intereses, los cuales están sujetos a retención del Impuesto a la Renta en Perú con una tasa del 30%.

Si la regla de subcapitalización para los ejercicios 2019 y 2020, implica no poder deducir los intereses que excedan el coeficiente de 3 veces sobre el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior, teniendo en cuenta que las sucursales no tienen patrimonio neto puesto que no tienen capital al formar parte de su matriz para fines



societarios y no cuentan con resultados acumulados, toda vez que de acuerdo con el segundo párrafo del inciso e del artículo 56° de la LIR se entienden distribuidos los resultados en el momento en el cual la sucursal presenta su Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta, resulta que no podría deducir los intereses que hayan pagado a su matriz que surgen por una ficción tributaria, teniendo en cuenta que la legislación aplicable hasta el ejercicio 2020 no alude a intereses netos como desarrollaremos en el acápite 4 siguiente de este capítulo.

Siendo ello así, existen razones de orden para excluir del ámbito de aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización, para el periodo 2019 a 2020, a las sucursales constituidas en el Perú de empresas extranjeras, puesto que de lo contrario estas no podrían deducir ningún monto por concepto de intereses -como viene ocurriendo hasta la fecha-, cuando ello no es el objetivo de la SAAR de tipo subcapitalización descrita en el literal a) del artículo 37° de la LIR, ni de las recomendaciones de la OCDE sobre el particular. Evidentemente, esta excepción no debiera permitir que en las sucursales se permita la subcapitalización, por lo que sería ideal que la misma se encuentre acompañada de una regla paralela que incluya un enfoque de mejores prácticas recomendado por la OCDE en cuanto a límites de deducibilidad que involucren intereses.

Deseamos subrayar que otra razón para que se incluya tal excepción es el hecho que que la inversión extranjera se canaliza en gran medida a través de la constitución en el Perú de sucursales de empresas extranjeras, puesto que cuando éstas últimas quieren participar en procesos de licitación con el Estado peruano, la única forma de acreditar la “experiencia” para obtener la buena pro, la única forma es a través de la constitución de sucursales. En efecto, así lo ha expresado el Organismo Supervisor de las Contrataciones

del Estado (OSCE) en sendas Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado y Opiniones emitidas previamente con carácter vinculante, como por ejemplo las Opiniones N° 035-2011/DTN, 014-2016/DTN y 141-2016/DTN, donde en esta última a la letra se precisa que “las certificaciones obtenidas por la sociedad matriz, (...) pueden ser empleadas por sus sucursales para efectos de la evaluación (...), respectivamente, en tanto la matriz y la sucursal constituyen la misma persona jurídica” [Énfasis añadido]. De lo contrario, no es posible acreditar la experiencia de la matriz.

Por otra parte, en la segunda clase de excepciones, que califican como objetivas, encontramos a dos tipos de endeudamientos. Los primeros refieren a endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de la legislación que promueve las APP's y los segundos son endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios que cumplan los requisitos señalados en la ley, donde al menos debe haber cinco inversionistas. Ambas exclusiones responden a intereses supremos del Estado peruano frente a combatir la subcapitalización, como son fomentar el mecanismo de las APP's y el mercado bursátil. A este tipo de excepciones, donde prima el interés público ya nos hemos referido con anterioridad al desarrollar la excepción a las APP's.

Sorprende que en las exclusiones a los endeudamientos no se hayan incluido a los que otorga el sistema financiero a particulares como ocurre por ejemplo en Brasil; financiamientos que normalmente, al responder al Principio de Independencia, no existe un interés de la empresa en endeudarse con instrumentos de deuda para erosionar su base imponible. Entendemos que ello se ha dado debido a la constatación fáctica de nuestros

organismos ejecutivos (como lo es el Ministerio de Economía y Finanzas) que en una gran mayoría de supuestos las entidades financieras están otorgando endeudamientos a las empresas que no responden al Principio de Independencia o donde las primeras no están actuando bajo el criterio de “banqueros razonables” referido en nuestro primer capítulo.

Esta misma razón sería la que ha llevado al legislador a incluir dentro de los alcances de la SAAR de tipo subcapitalización peruana modificada por el Decreto Legislativo N° 1424 a los endeudamientos con no vinculados.

En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1424, el legislador señala que la inclusión de los endeudamientos con no vinculados en los alcances de la SAAR de tipo subcapitalización obedece a que en la práctica no es posible identificar cuando las partes son vinculadas, dado que éstas crean mecanismos para ocultar la vinculación utilizando a las entidades financieras. Señalan que se ha constatado que “empresas sin patrimonio o con bajas utilidades reciben préstamos desproporcionados” (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1424, 2018, p. 49). Precisan que de una muestra de los principales contribuyentes se ha constatado que las empresas con menor rango de apalancamiento registraron un incremento de sus activos fijos, mientras que las empresas más endeudadas o sin patrimonio evidenciaron un crecimiento importante solo de sus cuentas por cobrar sin haber incrementado significativamente sus activos fijos.

Cuando la norma fue publicada, diversos abogados del medio cuestionaron tal inclusión al considerar que los endeudamientos con no vinculados “tienen intereses

económicos contrapuestos los cuales son opuestos al efecto erosivo que se quiere combatir” (Casanova-Regis, 2018, pág. 3).

No obstante, parecería que el Ministerio de Economía y Finanzas ha basado su postura en estadísticas que indican lo contrario y evidencian que los contribuyentes peruanos disfrazan endeudamientos aduciendo que las partes no son vinculadas, cuando lo son; o terceros, entre ellos las entidades financieras, conceden endeudamientos sin respetar el Principio de Independencia, ofreciendo la posibilidad de erosionar la base imponible como una ventaja adicional al momento de conceder un préstamo.

Conviene preguntarnos en este punto si debieron exceptuarse los endeudamientos: (i) respecto de las deudas contraídas con personas jurídicas domiciliadas en el país y (ii) sobre los sujetos no domiciliados vinculados, donde la tasa de retención sobre los intereses hubiera sido de 30%, como ocurre por ejemplo en Argentina. Consideramos que esta interrogante corresponde a la política fiscal de cada Estado. Si la premisa válida que adopta un Estado es que si se percibe un ingreso gravado y afecto a Impuesto a la Renta, debe existir como correlato un gasto deducible para aquel que lo asume, la SAAR de tipo subcapitalización debería excluir estos dos supuestos, también es cierto que tal decisión es una de política fiscal que entendemos no ha asumido nuestro legislador.

Si tal fuera la política fiscal vigente actualmente en el Perú, tendríamos que llegar a la conclusión, por ejemplo, que todo gasto a favor de un no domiciliado que fuera sujeto a retención de Impuesto a la Renta en Perú, debiera ser deducible *per se* de la empresa peruana que pague el mismo, sin importar la causalidad o la fehaciencia, al constituir tal

retención un monto equivalente al escudo fiscal que genera el citado gasto; sin embargo, la política fiscal del Perú no ha adoptado ese criterio.

### 3. Aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización peruana en el tiempo

El Decreto Legislativo N° 1424 señala en su Disposición Complementaria Transitoria que “A las deudas constituidas o renovadas hasta la fecha de publicación del Decreto Legislativo [léase hasta el 13 de setiembre de 2018], les será de aplicación hasta el 31 el diciembre de 2020, el texto del inciso a) del artículo 37° [de la LIR] antes de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo”.

Siendo que entre la SAAR de tipo subcapitalización antes de su modificación por el Decreto Legislativo N° 1424 y la que es aplicable para el 2019 varía en el universo de endeudamiento a considerar, puesto que a partir del ejercicio 2019 también se incluye a los realizados con no vinculados, así como la citada modificación introduce contribuyentes y endeudamientos exceptuados tal como detalláramos en el acápite 2 anterior del presente capítulo, en los siguientes cuadros exponemos la aplicación de dichas normas en el tiempo.

Endeudamiento entre vinculadas	Límite	Hasta/Desde	Se aplica
Constituidas o renovadas hasta el 13 de septiembre de 2018	3:1 (deuda/patrimonio) al 31 de diciembre de 2017	Hasta el 31/12/2020	37° a) “antiguo” (Ley N° 27356) - Sin exclusiones
Constituidas o renovadas a partir del 14 de septiembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018 (Inclusive)	3:1 (deuda/patrimonio) al 31 de diciembre del ejercicio anterior	Hasta el 31/12/2018	37° a) “antiguo” (Ley N° 27356) - Sin Exclusiones

		Desde el 1/01/2019 hasta el 31/12/2020	Aplicación inmediata del D.L. N° 1424 – Exclusiones
Constituidas o renovadas a partir del 01/01/2019 hasta 31/12/2020	3:1 (deuda/patrimonio) al 31 de diciembre del ejercicio anterior	Hasta el 31/12/2020	Aplicación inmediata del D.L. N° 1424 – Exclusiones
Todos los endeudamientos a partir del 1 de enero de 2021	30% del EBITDA (Renta Neta - Pérdidas Acumuladas + Intereses Netos + Depreciación + Amortización Tributaria) sobre intereses neto (ingresos gravados menos exonerados)  El saldo del Gasto Financiero que no sea deducible por superar dicho límite en el ejercicio 1 está sujeto a un carry forward (válido los cuatro ejercicios siguientes)	Desde el 1 de enero de 2021	Aplicación inmediata del D.L. N° 1424

Fuente: Elaboración propia

Endeudamientos entre NO vinculadas	Límite	Hasta/Desde	Se aplica
Constituidas o renovadas hasta el 13 de septiembre de 2018	<b>Interpretación 1: Pro-Fisco</b> 3:1 (deuda/patrimonio)	Desde el 1/1/2019 hasta 31/12/2020	37° a) “antiguo” (Ley N° 27356) - Sin exclusiones. Consideramos que esta interpretación no se aplicaría puesto que el 37° a) antiguo no incluía a los endeudamientos con no vinculados
	<b>Interpretación 2: Pro-Contribuyente</b>  No se aplica la norma de Subcapitalización	Hasta el 31/12/2020	37° a) “antiguo” (Ley N° 27356)
Constituidas o renovadas a partir del 14 de septiembre de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018	No aplica	Hasta el 31/12/2018	No aplica
		Desde el 01/01/2019 hasta 31/12/2020	Aplicación inmediata del D.L. N° 1424 - Exclusiones



Constituidas o renovadas a partir del 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020	3:1 (deuda/patrimonio) al 31 de diciembre del ejercicio anterior	Desde el 01/01/2019 hasta 31/12/2020	Aplicación inmediata del D.L. N° 1424 - Exclusiones
Todos los endeudamientos a partir del 1 de enero de 2021	30% del EBITDA (Renta Neta - Pérdidas Acumuladas + Intereses Netos + Depreciación + Amortización Tributaria) sobre intereses neto (ingresos gravados menos exonerados)	Desde del 1 de enero de 2021	Aplicación inmediata del D.L. N° 1424
	El saldo de Gasto Financiero que no sea deducible por superar dicho límite en el ejercicio 1 está sujeto a un carry forward hasta el ejercicio 5		

Fuente: Elaboración propia

Así, la conclusión al elaborar estos cuadros es que los intereses provenientes de endeudamientos con no vinculados constituidos o renovados hasta el 13 de setiembre de 2018, fecha en la que se publicó el Decreto Legislativo N° 1424, son deducibles hasta el 31 de diciembre de 2020, no aplicándosele la SAAR de tipo de subcapitalización, puesto que el Decreto Legislativo N° 1424 expresamente señala que para los endeudamientos constituidos o celebrados hasta dicha fecha se aplica la norma no modificada, léase la regulada mediante Ley N° 27356, la cual no incluía a los endeudamientos con no vinculados. Ello se ratifica en la (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1424, 2018) que en el numeral 2.5, literal B de su Propuesta señala:

(...) B. Límite de subcapitalización aplicable a endeudamientos entre partes vinculadas y no vinculadas: Aplicable a los intereses correspondientes al 1 de enero de 2019 hasta el 31 de diciembre

de 2020 por deudas constituidas o renovadas a partir del día siguiente de la publicación del Decreto Legislativo. Este límite le será aplicable hasta el 31 de diciembre de 2020. (p. 49).

No obstante lo anterior, el Decreto Supremo N° 338-2018-EF, a través del cual se ha reglamentado las disposiciones del Decreto Legislativo N°1424, pareciera haber contrariado esta disposición.

En efecto, el Reglamento citado ha señalado que para el cálculo de la proporcionalidad de los intereses deducibles, se debe seguir la siguiente formula:

Dividir el monto máximo de endeudamiento (MME) entre el monto total de endeudamiento (MTE). El resultado de dicha operación se debe multiplicar por el monto de intereses (MI).

$$\text{IDM} = \frac{\text{MME} * \text{MI}}{\text{MTE}}$$

Donde:

IDM: Interés deducible máximo

MME: Resultado de aplicar el coeficiente de 3 sobre el patrimonio neto del contribuyente.

MTE: Monto total de endeudamiento, independientemente del tipo de endeudamiento así como de la fecha de su constitución o renovación y cuyos intereses cumplan con el principio de causalidad.



MI: Monto de intereses que cumplan con el principio de causalidad y que correspondan a endeudamientos sujetos al límite.

Sobre el particular, el Reglamento precisa que están incluidos en el MTE todos los endeudamientos, incluidos los préstamos con no vinculados celebrados antes del 13 de setiembre de 2018. Siendo que el MTE es el denominador de la formula, al incluirse en su definición a los endeudamientos entre independientes adquiridos antes del 13 de setiembre de 2018, podría generar que aun en el caso que la empresa objeto de analisis no hubiese adquirido nuevos créditos, no pueda deducir los intereses que se hubieran devengado con no vinculados en el 2019 y 2020 que si pudo deducir en el 2018, lo cual evidentemente contraría lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1424. En ese punto, consideramos revisar la definición del MTE dispuesta en el Reglamento citado, de modo que se señale expresamente que para el 2019 y 2020 no se deben incluir los endeudamientos adquiridos antes del 13 setiembre de 2018 celebrados con independientes.

#### **4. ¿El Decreto Legislativo N° 1424 adopta las mejores prácticas en el diseño de normas de limitación a la deducibilidad de intereses recomendadas por la Acción 4 del Plan de Acción BEPS de la OCDE?**

En primera instancia, el gran cuestionamiento que existe en la literatura local que ha surgido a partir de la dación del Decreto Legislativo N° 1424 ha sido la inclusión de los préstamos con los no vinculados dentro de los alcances de aplicación de la SAAR de tipo subcapitalización. Si bien ya nos hemos referido a este tema anteriormente explicando las razones que el Ministerio de Economía y Finanzas ha aducido para

fundamentar dicha inclusión, conviene reiterar que la OCDE en su Acción 4 del Plan de Acción BEPS refiere a las empresas en general, sin mencionar que el fenómeno de la subcapitalización únicamente debe ser combatido respecto de endeudamientos con vinculados.

En efecto, tal como lo hemos mencionado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1424, el legislador señala que la inclusión de los nos vinculados en los alcances de la SAAR de tipo subcapitalización obedece a que en la práctica no es posible identificar cuando las partes son vinculadas, dado que estas crean mecanismos para ocultar la vinculación utilizando a las entidades financieras.

#### **¿Esta justificación es válida?**

Desde nuestra perspectiva, esta postura solo podría ser válida en la medida que se introduzca en nuestra legislación una cláusula de salida, en la que el contribuyente pueda probar que actuó bajo el Principio de Independencia de modo que no le sea aplicable la SAAR de tipo subcapitalización, conforme se desarrolla en el acápite 6 siguiente de este capítulo.

En segunda instancia, al igual que en el régimen aplicable hasta el 2018, el régimen aplicable al 2019 y al 2020 prohíbe deducir los intereses por endeudamientos que superan el límite, sin observar si la empresa cuenta con “intereses netos” en cero o negativos. Esto implica llevar a que se afecte la neutralidad que debiera existir en materia tributaria, puesto que, por ejemplo, si un contribuyente se presta dinero para a su vez prestarlo a un tercero que no tuviera capacidad de endeudamiento, si su patrimonio en el

ejercicio anterior es negativo, no podrá deducir los intereses que haya pagado, pero sí deberá tributar por los intereses que haya recibido.

Ello no ocurriría en el régimen aplicable para el ejercicio 2021, puesto que este se aplica sobre los intereses netos que excedan el 30% del EBIDTA del ejercicio anterior, lo que implica que ante un mismo supuesto, léase en caso una empresa preste dinero para prestarle a otra, “(...) no verá limitada la deducción de intereses por cuanto tendrá ingresos por intereses computables como ingresos gravados para establecer su renta neta (...)” (Liu, 2018, p. 3).

Desde nuestra perspectiva, la SAAR de tipo subcapitalización no puede ser utilizada por el fisco para obtener una mayor recaudación, sino que esta norma antielusiva debe perseguir el fenómeno de la subcapitalización y no plantear supuestos de desconocimiento de intereses por el mero hecho de que éstos reducen la base imponible, con un afán recaudatorio. En tal sentido, somos de la opinión que debe modificarse el régimen transitorio para el ejercicio 2020 en adelante y hacerse referencia a los intereses netos, tal como lo recomienda expresamente la OCDE.

Por último, en relación al régimen aplicable a partir del 2021, ha sido cuestionada la definición que el Decreto Legislativo N° 1424 le ha otorgado al EBITDA, al considerar como tal concepto, a la renta neta determinada luego de compensar las pérdidas a las que tuviera derecho la empresa más los intereses netos, depreciación y amortización.

Al haberse incluido dentro del concepto del EBITDA a las pérdidas, en el caso de empresas que se encontrasen en pérdida, el 30% del EBIDTA será cero. Si bien conforme

a la legislación peruana esos intereses podrán arrastrarse a los ejercicios siguientes, se ha puesto un límite de 4 años (nos referimos al *carry forward*, parámetro que fue establecido por la OCDE como enfoque de mejores prácticas en torno a las normas que limitan la deducibilidad de intereses), el cual fue expuesto en el segundo capítulo y recomienda que sea ilimitado. En efecto, según la (OECD, 2015):

Permitir que los gastos por intereses no permitidos y la capacidad de intereses no utilizados se utilicen en otros períodos a través de la prórroga o las provisiones retenidas tendrían beneficios claros para las empresas, reduciendo el riesgo de un rechazo permanente de los gastos por intereses cuando los gastos por intereses y el EBITDA surgen en diferentes períodos. Desde la perspectiva de un país, esto también podría respaldar una política según la cual el nivel de las deducciones de intereses netos de una empresa debe vincularse a su nivel de ganancias a lo largo del tiempo. (p. 68)

## **5. Relación entre la GAAR peruana y la SAAR de tipo subcapitalización peruana. El caso del endeudamiento indirecto.**

En nuestro segundo capítulo hemos desarrollado la postura que las SAAR no constituyen un “*safe harbor*”, sino más bien son normas que coadyuvan a la Administración Tributaria a identificar un supuesto típico o específico de erosión de la base imponible que también es alcanzado por la GAAR.

En esa línea de ideas hemos argumentado que la GAAR, que en el Perú se encuentra formulada en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, es

aplicable aun cuando ante un supuesto concreto de evidente subcapitalización de una empresa este no es alcanzado por la SAAR de tipo subcapitalización, que en el caso del Perú se encuentra regulada en el literal a) del artículo 37° de la LIR.

Ello porque nuestro ordenamiento, y así lo señala la Constitución Política del Perú en su artículo 103°, no ampara el abuso del derecho.

En tal sentido, si la Administración Tributaria observase una situación de subcapitalización, que no se encontrase dentro de los parámetros del literal a) del artículo 37° de la LIR, tendría la facultad de aplicar la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario y desconocer la deducción de intereses. Obviamente, ello en la medida que la GAAR peruana se encuentre vigente, toda vez que sus parrafos segundo al quinto se encuentran suspendidos hasta su reglamentación.

En esa línea de ideas, en el supuesto de que la Administración Tributaria observase un endeudamiento indirecto o préstamo garantizado (*“back to back”*), además de la aplicación de una retención de la tasa del 30% sobre los intereses regulada por ley y previamente comentada en el acápite 5 del primer capítulo de esta tesis, somos de la opinión que tendría la facultad de desconocer la deducibilidad de los intereses que surgieran de tal instrumento de capital, aun en el supuesto que no se infringiera los rangos descritos en la SAAR de tipo subcapitalización contenida en nuestra LIR.

No obstante lo anterior, reconocemos que la probanza para la Administración Tributaria en el caso de endeudamientos indirectos constituye una prueba diabólica. Sin perjuicio de tal reconocimiento, ello no implica que no se deba regular, puesto que es

evidente que un endeudamiento indirecto es una figura artificiosa proscrita por la GAAR peruana.

**6. La imposibilidad del contribuyente peruano de probar que ha actuado bajo el Principio de Independencia a efectos que no se aplique la SAAR de tipo subcapitalización**

Como puede observarse, el legislador peruano ha optado por combatir la subcapitalización a través de un método objetivo, estableciendo un ratio o un coeficiente fijo, sin la posibilidad de que el contribuyente fiscalizado que no recae en ninguna de las excepciones pueda probar que la situación de subcapitalización se produjo en situación de independencia.

Siendo ello así, se deduce que la norma que combate la subcapitalización peruana incluida en la LIR establece una presunción *iure et de iure* según la cual al superar el límite impuesto, automáticamente se entiende que el nivel de endeudamiento pactado entre las sociedades es excesivo y en consecuencia se estaría ante una situación de subcapitalización, a pesar de que exista la posibilidad de obtener el mismo nivel de endeudamiento con condiciones idénticas de sujetos independientes. “Bajo este escenario, resulta irrelevante la capacidad probatoria de la empresa para demostrar que el endeudamiento ha sido pactado en condiciones de mercado, debiéndose dirigir la misma únicamente a la prueba de fehaciencia de los hechos imputados” (Joo, 2008, p. 532).



Desde nuestra perspectiva, dicha imposibilidad de no probar en contrario debe corregirse y modificarse en nuestro ordenamiento, permitiéndose al contribuyente probar en contrario que actuó bajo el Principio de Independencia.

El Derecho Tributario sólo debería sancionar la subcapitalización cuando ésta se haya configurado, no prohibir la deducción de intereses por un afabín recaudatorio..

En efecto, del mismo modo que puede aplicarse la GAAR ante un supuesto de subcapitalización no enmarcado en la SAAR, debería permitírsele al contribuyente probar que no se encuentra en una situación de subcapitalización cuando incurre en los presupuestos contemplados en el literal a) del artículo 37º de la LIR.

Consideramos que el permitir la posibilidad de probar en contrario al contribuyente, no implicaría para la Administración Tributaria un esfuerzo adicional como sí implica la adopción del método subjetivo propuesto por la OCDE tal como lo reseñamos en el numeral 8.1 de nuestro primer capítulo, donde la carga de la prueba es de la Administración Tributaria. Nuestra posición es que la norma a introducir en nuestro ordenamiento como parámetro de mejores prácticas recomendado por la OCDE a través de la incorporación del Principio de Independencia establezca que la carga de la prueba sea del contribuyente, quien a sabiendas de la existencia de la SAAR de tipo subcapitalización contenida en la LIR, tendría que estar muy preparado para sustentar de modo indubitable que actuó bajo el Principio de Independencia y por ello no le sería de aplicación la misma.

En esa misma línea (Sánchez, 2009), en relación a la posibilidad de probar en contrario, señala que la regla de subcapitalización “debe relativizarse, a efectos de permitir la prueba del valor de mercado” (p.72).

Adicionalmente, esta imposibilidad de probar que el endeudamiento responde a una situación de independencia colisiona con el MC OCDE que el Perú ha adoptado en la mayoría de sus Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos tal como lo hemos reseñado en el mencionado acápite 8.1 de nuestro primer capítulo y que permite que el contribuyente pruebe que actuó bajo el Principio de Independencia.

Sobre este asunto, coincidimos con Joo Garfías, quién afirma que ante la norma tributaria interna y la norma de Derecho Internacional ratificada, debe preferirse la norma internacional e inaplicarse la interna. Ello tiene asidero en el llamado Principio de Primacía del Derecho Internacional (puesto que el CDI califica como tratado de naturaleza tributaria) sobre la legislación interna, el cual deriva del Principio de Derecho Internacional *Pacta Sunt Servanda*, ambos principios consagrados en la legislación internacional y la peruana, e incluso en nuestra jurisprudencia. Desde nuestra legislación interna en las Normas III y IX del Título Preliminar del Código Tributario (las cuales indican que los tratados son fuente de derecho tributario) y a efectos de interpretar el derecho se aplican de manera supletoria los citados principios. (Garfías, 2008)

Adicionalmente a ello, (Joo, 2008) explica que sobre los principios de Derecho Internacional:



“En cuanto a la legislación internacional, estos principios son recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) la cual establece en su artículo 27° que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (p. 540)

Sobre el particular, la CDVT fue suscrita por el Perú el 23 de mayo de 1969 y ha sido ratificada mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, lo cual demuestra que nuestro ordenamiento jurídico la avala.

Cabe indicar además que esta posibilidad de probar que se ha actuado bajo el Principio de Independencia, no sería tan necesaria a partir del ejercicio 2021, en la medida que se elimine el plazo del “*carry forward*” de cuatro años que existe a la fecha y se establezca de manera indefinido, tal como lo recomiendan las mejores prácticas de la OCDE.

## **7. ¿Debe mantenerse la SAAR de tipo subcapitalización en nuestra LIR?**

Si bien la presente investigación tuvo como hipótesis preliminar que para una economía tan pequeña como la peruana, premisa que fue ratificada por las estadísticas que obtuvimos de la SUNAT y que han sido reseñadas en el presente capítulo, no era necesario mantener la SAAR de tipo subcapitalización, a raíz del estudio que desarrollamos para entender este fenómeno y como esta erosiona la base imponible, así como los métodos que han surgido para combatirla, nos hizo cambiar de opinión.

En efecto, si bien la SAAR de tipo subcapitalización se ha orientado a un contexto internacional y de grandes empresas, contexto que no es muy usual en nuestro país, nuestra respuesta a la interrogante planteada es que sí debe mantenerse tal disposición, puesto que ofrece a los contribuyentes que podrían estar interesados en erosionar su base imponible vía deducción excesiva de intereses, una directriz clara sobre la situación de subcapitalización y sobre la cual son los casos típicos identificados y proscritos, para que estén advertidos y no incurran en esta figura elusiva.

Ello porque tal como lo ha advertido la OCDE a las que nos hemos referido en el segundo capítulo, si bien las normas de precios de transferencia son un método para combatir la subcapitalización, no es el idóneo, menos aun en un país como el nuestro donde según la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N°1424 se señala que se ha constatado que los contribuyentes peruanos disfrazan préstamos con vinculados a través de la introducción de un no vinculado.

En esa líneas de ideas, consideramos indispensable que se introduzca en nuestra legislación tributaria, la posibilidad de que en el supuesto que un contribuyente se encuentre inmerso en los alcances del literal a) del artículo 37° de la LIR, cuente con la alternativa de probar en contrario y demostrar que sus endeudamientos se han pactado de acuerdo al Principio de Independencia tal como lo hemos reseñado en el acápite anterior y que de acuerdo a la OCDE constituye un enfoque de mejores prácticas.

Adicionalmente a ello, tal como lo hemos expuesto en esta tesis, el *fixed ratio rule* debiera ser aplicado sobre intereses netos, como también debería permitirse la aplicación del *carry forward* de manera ilimitada.

## 8. Nuestra Propuesta Legislativa

A continuación nuestra propuesta legislativa a incluirse a partir del 2020. Cabe señalar que hemos utilizado como base el texto Decreto Legislativo N° 1424, haciendo énfasis mediante el uso de negritas en las modificaciones que consideramos importante incluir:

a) Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora.

Para efecto de los gastos previstos en este inciso, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Serán deducibles los intereses **netos** provenientes de endeudamientos, cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente de 3 sobre el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles, **salvo que el contribuyente pueda demostrar a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que los endeudamientos fueran pactados a valor de mercado conforme a lo dispuesto en el artículo 32°, supuesto en el cual serán deducibles.**

Los contribuyentes que se constituyan en el ejercicio considerarán como patrimonio neto su patrimonio inicial.

Si en cualquier momento del ejercicio el endeudamiento excede el monto máximo determinado en el primer párrafo de este numeral, sólo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.

2. El límite a que se refiere el numeral anterior no es aplicable a:

a. Las empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16 de la Ley N° 26702- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

b. Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2,500) UIT.

**c. Sucursales o establecimientos permanentes de empresas extranjeras constituidas en el país.**

d. Contribuyentes que mediante Asociaciones Público-Privadas desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco del Decreto Legislativo N° **1362**, y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

e. Endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo N° **1362**, las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.

f. Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:

i. Se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

ii. Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos; y,

iii. La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor.

Los endeudamientos señalados en los acápites **e.** y **f.** del presente numeral serán computables a efectos de calcular el límite previsto en el numeral 1 de este inciso.

Los intereses de dichos endeudamientos son deducibles aun cuando excedan el referido límite.

3. Solo son deducibles los intereses determinados conforme a los numerales 1 y 2 de este inciso, en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos. Para tal efecto, no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúen una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50%) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

4. Tratándose de bancos y empresas financieras y **sucursales o establecimientos permanentes constituidos en el Perú de empresas del exterior**, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados e ingresos financieros exonerados e inafectos y deducir como gasto, únicamente, los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.

5. También serán deducibles los intereses de fraccionamientos otorgados conforme al Código Tributario. Estos no forman parte del cálculo del límite señalado en el numeral 1.

Por su parte, a continuación nuestra propuesta legislativa a incluirse a partir del 2021. Cabe señalar que hemos utilizado como base el Decreto Legislativo N° 1424, haciendo énfasis mediante el uso de negritas en las modificaciones que consideramos importante incluir:

a) Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora.

Para efecto de los gastos previstos en este inciso, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. No son deducibles los intereses netos en la parte que excedan el treinta por ciento (30%) del EBITDA del ejercicio anterior, **salvo que el contribuyente pueda demostrar a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria que los endeudamientos fueran pactados a valor de mercado conforme a lo dispuesto en el artículo 32°, supuesto en el cual serán deducibles.**

Para tal efecto, se entiende por:

i. Interés neto: Monto de los gastos por intereses que exceda el monto de los ingresos por intereses, computables para determinar la renta neta.

ii. EBITDA: Renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

Los intereses netos que no hubieran podido ser deducidos en el ejercicio por exceder el límite antes señalado, podrán ser adicionados ~~a aquellos correspondientes a los cuatro (4)~~ ejercicios ~~inmediatos~~ siguientes, **sin límite.**



2. El límite a que se refiere el numeral anterior no es aplicable a:

a. Las empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16° de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

b. Contribuyentes **que individualmente o con sus partes vinculadas domiciliadas en el Peru tengan** ingresos netos en el ejercicio gravable ~~sean~~ menores o iguales a dos mil quinientas (2,500) UIT. **En el caso que el contribuyente exceda, junto con sus partes vinculadas domiciliadas en el Peru, los dos mil quinientas (2,500) UIT de ingresos netos, los intereses netos deducibles todos no podrán exceder la suma de S/.**\_\_\_\_\_ <sup>16</sup>.

c. Contribuyentes que desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica que se realicen en el marco del Decreto Legislativo N° 1362 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

d. Intereses de endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo N° 1362 y las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.

---

<sup>16</sup> A definirse con un estudio económico de la realidad peruana.



e. Intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:

i. Se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional conforme a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores aprobada mediante Decreto Legislativo N° 861 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.

ii. Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos; y,

iii. La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor.

Los intereses señalados en los acápites d. y e. del presente numeral serán computables a efectos de calcular el límite previsto en el numeral 1 de este inciso. Dichos intereses son deducibles aun cuando excedan el referido límite.

3. Solo son deducibles los intereses determinados conforme a los numeral 1 y 2 de este inciso, en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos. Para tal efecto no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúen una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50%) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

4. Tratándose de bancos y empresas financieras, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados e ingresos financieros exonerados e inafectos y deducir como gasto, únicamente, los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.

5. También serán deducibles los intereses de fraccionamientos otorgados conforme al Código Tributario. Estos no forman parte del cálculo del límite señalado en el numeral 1.



## CONCLUSIONES

1. La subcapitalización es una situación en la que una empresa “deliberadamente” disfraza la entrega de fondos propios (instrumentos de capital) vía un endeudamiento (instrumentos de deuda), con la finalidad de erosionar la base imponible mediante la deducción de intereses, a fin de determinar un menor impuesto a la renta por pagar.
2. Inicialmente, la subcapitalización fue combatida a través de dos tipos de SAARs, que respondían a lo que se denominaron método subjetivo y objetivo. El método subjetivo fue objetado por la dificultad que implicaba a la Administración Tributaria su aplicación, dado que debía analizar caso por caso y determinar si el endeudamiento se había realizado respetando el Principio de Independencia, siendo de cargo de dicha entidad, la prueba. El método objetivo que recomendaba un ratio fijo, fue perfeccionado por la Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE que recomendó diversas acciones con la finalidad que las empresas no erosionen su base imponible a través de situaciones de subcapitalización.
3. La Acción 4 del Plan BEPS de la OCDE recomienda, a través de sus mejores practicas, combatir el fenómeno de la subcapitalización mediante dos reglas: (i) la *fixed ratio rule* y, (ii) la *group ratio rule*.

La *fixed ratio rule* permite deducir a una empresa sus gastos por intereses netos hasta una proporción específica de su EBITDA, que puede oscilar entre un porcentaje del 10% al 30%. OCDE señala que esta regla debe aplicarse sobre los intereses netos de una empresa (es decir, los gastos por intereses en exceso de los ingresos por intereses), de modo de no perjudicar las actividades económicas de la empresa.

Por su parte, la *group ratio rule*, que se recomienda aplicarla de modo conjunto con la *fixed ratio rule*, aunque OCDE también señala que puede hacerse de modo separado, permite a una empresa que forma parte de un grupo económico, cuando la relación de intereses netos/EBITDA exceda a la de su grupo, deducir hasta el porcentaje establecido para su grupo. Para la aplicación de la *group ratio rule*, se requiere información del grupo económico y que éste consolide sus resultados.

La OCDE recomienda que ambas reglas vengán acompañadas de normas opcionales: (i) umbral *minimis* -que establece la aplicación de las reglas citadas solo a las empresas cuyo gasto neto de intereses sea mayor a un monto-, (ii) carry forward y/o carry back -que permite asignar a los siguientes ejercicios los intereses que no pudieron ser deducidos en aplicación de la *fixed* y *group rule* -, (iii) posibilidad de argumentar en contra en virtud del Principio de Independencia.

4. La legislación comparada, por lo general, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, combate la subcapitalización principalmente en el ámbito de grandes empresas, puesto que las PYMES implican un riesgo muy bajo a la erosión de la base financiera sobre la que se calcula el Impuesto a la Renta. De dicho modo,

permiten a la Administración Tributaria concentrarse en aquellas empresas que cuentan con mayor capacidad económica para crear mecanismos para erosionar su base imponible.

5. En caso que un país adopte una SAAR de tipo de subcapitalización queda la duda de si ésta norma actúa como un “puerto seguro”, léase como una norma que establezca de manera indubitable cuando se está ante una empresa subcapitalizada de modo que los contribuyentes estén advertidos y la Administración Tributaria tenga un actuar limitado, o como una directriz que coadyuve a ésta última entidad a aplicar la GAAR. Nuestra investigación ha concluido que la SAAR de tipo subcapitalización es una norma complementaria a la GAAR contenida en la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario, y que la SAAR no inaplica la facultad de la SUNAT de poder determinar mediante la GAAR distintos supuestos de subcapitalización que los proscritos en la primera. Ello porque nuestro ordenamiento constitucional no ampara el abuso del derecho y si bien la SAAR precisa situaciones típicas, no implica que no existan otros supuestos donde a través de los intereses se pretenda erosionar la base imponible para pagar menos Impuesto a la Renta.
6. El tratamiento tributario que el Decreto Legislativo N°1424 ha introducido en la legislación peruana a partir del año 2019 a la SAAR de tipo subcapitalización, es una transición para la adopción plena de las recomendaciones de la OCDE basadas en su Acción 4 del Plan BEPS, las cuales se adoptan en su mayoría en la legislación aplicable al 2021.

7. La SAAR de tipo subcapitalización contenida en el literal a del artículo 37° de nuestra LIR debiera mantenerse en nuestro sistema tributario, pero la *ratio fixed rule* contenida en nuestro ordenamiento para el 2019 y 2020 debiera referirse a ingresos netos, así como debiera incluirse la posibilidad que el contribuyente inmerso en sus alcances pueda probar en contrario que actuó bajo el Principio de Independencia. Del mismo modo, para el mismo periodo debió excluirse de su ámbito de aplicación a las sucursales constituidas en empresas extranjeras. Dichos supuestos deberían ser introducidos en nuestra legislación, en concordancia con la premisa que sólo debería sancionarse la subcapitalización cuando en efecto estemos ante esta situación objetiva.
8. En lo que refiere a la SAAR de tipo subcapitalización que será aplicable en nuestro ordenamiento a partir del 2021, debiera introducirse a nuestra legislación, la posibilidad que el contribuyente que le sea aplicable la *fixed ratio rule* (30% del EBITDA) pueda probar en contrario que actuó bajo el Principio de Independencia, incluir un *carry forward* ilimitado y una regla anti-fragmentación mediante la inclusión de un monto de intereses netos deducibles máximo, en el caso de empresas vinculadas.
9. Finalmente , mientras en el Perú no sea posible consolidar los Estados Financieros no podrá aplicarse la *group ratio rule* recomendada por la OCDE.



## ANEXO

### Evolución cronológica de la SAAR de tipo subcapitalización en la legislación peruana

Norma	Fecha de publicación	Vigencia	Texto
<b>Artículo 25° del Decreto Legislativo N° 945</b>	23/12/2003	01/01/2004 hasta 31/12/2018	<p>“Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes con partes vinculadas cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles.”</p> <p>Regulado por el Artículo 21, inciso a) num 6, Reglamento de la LIR:</p> <p>“6. El monto máximo de endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas, a que se refiere el último párrafo del inciso a) del artículo 37° de la Ley, se determinará aplicando un coeficiente de 3 (tres) al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior.</p> <p>Tratándose de sociedades o empresas que se escindan en el curso del ejercicio, cada uno de los bloques patrimoniales resultantes aplicará el coeficiente a que se refiere el párrafo anterior sobre la proporción que les correspondería del patrimonio neto de la sociedad o empresa escindida, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario. En los casos de fusión, el coeficiente se aplicará sobre la sumatoria de los patrimonios netos de cada una de las sociedades o empresas intervinientes, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.</p> <p>Los contribuyentes que se constituyan en el ejercicio considerarán como patrimonio neto su patrimonio inicial.</p> <p>Si en cualquier momento del ejercicio el endeudamiento con sujetos o empresas vinculadas excede el monto máximo determinado en el primer párrafo de este numeral, sólo serán</p>



			<p>deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento.</p> <p>Los intereses determinados conforme a este numeral sólo serán deducibles en la parte que, en conjunto con otros intereses por deudas a que se refiere el inciso a) del artículo 37° de la Ley, excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos”.</p>
<p><b>Artículo 3° del Decreto</b></p>	<p>13/09/2018</p>	<p>01/01/2019</p>	<p>“a) Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora.</p> <p>Para efecto de los gastos previstos en este inciso, se tendrá en cuenta lo siguiente:</p> <p>1. Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos, cuando dicho endeudamiento no exceda del resultado de aplicar el coeficiente de 3 sobre el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles.</p> <p>Los contribuyentes que se constituyan en el ejercicio considerarán como patrimonio neto su patrimonio inicial.</p> <p>Si en cualquier momento del ejercicio el endeudamiento excede el monto máximo determinado en el primer párrafo de este numeral, sólo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a</p>

<p><b>Legislativo N°</b></p> <p><b>1424</b></p>			<p>dicho monto máximo de endeudamiento, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.</p> <p>2. El límite a que se refiere el numeral anterior no es aplicable a:</p> <p>a. Las empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16 de la Ley N° 26702- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.</p> <p>b. Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2,500) UIT.</p> <p>c. Contribuyentes que mediante Asociaciones Público-Privadas desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan.</p> <p>d. Endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.</p>
---	--	--	--

			<p>e. Endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:</p> <p>i. Se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF y las normas que lo modifiquen o sustituyan.</p> <p>ii. Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos; y,</p> <p>iii. La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor.</p> <p>Los endeudamientos señalados en los acápites d. y e. del presente numeral serán computables a efectos de calcular el límite previsto en el numeral 1 de este inciso. Los intereses de dichos endeudamientos son deducibles aun cuando excedan el referido límite.</p> <p>3. Solo son deducibles los intereses determinados conforme a los numerales 1 y 2 de este inciso, en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos. Para tal efecto, no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúen una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50%) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.</p>
--	--	--	---

			<p>4. Tratándose de bancos y empresas financieras, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados e ingresos financieros exonerados e inafectos y deducir como gasto, únicamente, los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.</p> <p>5. También serán deducibles los intereses de fraccionamientos otorgados conforme al Código Tributario. Estos no forman parte del cálculo del límite señalado en el numeral 1”.</p> <p>Reglamentado por DS N° 338-2018-EF:</p> <p>"Para determinar la renta neta de tercera categoría, se aplicarán las siguientes disposiciones:</p> <p>a) Tratándose del inciso a) del artículo 37 de la Ley se considera lo siguiente:</p> <p>1. El cálculo de la proporcionalidad de los intereses deducibles señalados en el numeral 1, se debe efectuar conforme a lo siguiente:</p> <p>a. Dividir el monto máximo de endeudamiento (MME) entre el monto total de endeudamiento (MTE). El resultado de dicha operación se debe multiplicar por el monto de intereses (MI).</p> $IDM = \frac{MME}{MTE} \times MI$ <p>Donde:</p> <p>IDM: Interés deducible máximo</p> <p>MME: Resultado de aplicar el coeficiente de 3 sobre el patrimonio neto del contribuyente.</p> <p>MTE: Monto total de endeudamiento, independientemente del tipo de endeudamiento así como de la fecha de su constitución o renovación y cuyos intereses cumplan con el principio de causalidad.</p>
--	--	--	---

			<p>MI: Monto de intereses que cumplan con el principio de causalidad y que correspondan a endeudamientos sujetos al límite.</p> <p>b. El cálculo se debe efectuar desde la fecha en que el MTE supere el MME y por el período en que se mantenga dicha situación.</p> <p>c. El cálculo debe realizarse con independencia de la periodicidad de la tasa de interés.</p> <p>d. El cálculo debe reflejar las variaciones del monto total de endeudamiento que se produzcan durante el ejercicio gravable.</p> <p>2. En el caso de sociedades o empresas que se escindan en el curso del ejercicio, cada uno de los bloques patrimoniales resultantes aplicará el coeficiente previsto en el numeral 1 sobre la proporción que les correspondería del patrimonio neto de la sociedad o empresa escindida, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.</p> <p>3. Tratándose de fusiones realizadas en el curso del ejercicio, el coeficiente antes mencionado se aplicará sobre la sumatoria de los patrimonios netos de cada una de las sociedades o empresas intervinientes, al cierre del ejercicio anterior, sin considerar las revaluaciones voluntarias que no tengan efecto tributario.</p> <p>4. Los incrementos de capital que den origen a certificados o a cualquier otro instrumento de depósitos reajustables en moneda nacional están comprendidos en la regla de la compensación a que se refiere el numeral 3 del segundo párrafo del inciso a) del artículo 37 de la Ley.</p>
--	--	--	---

			<p>5. Los bancos y empresas financieras al establecer la proporción a que se refiere el numeral 4 del inciso antes mencionado, no considerarán los dividendos, los intereses exonerados e inafectos generados por valores adquiridos en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúen una tasa de interés en moneda nacional no superior al 50% de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.</p> <p>Las mencionadas entidades determinarán los gastos deducibles en base al porcentaje que resulte de dividir los ingresos financieros gravados entre el total de ingresos financieros gravados, exonerados e inafectos.</p> <p>6. El pago de los intereses de créditos provenientes del exterior y la declaración y pago del impuesto que grava los mismos se acredita con las constancias correspondientes que expidan las entidades del Sistema Financiero a través de las cuales se efectúan dichas operaciones, de acuerdo a lo que establezca la SUNAT.</p> <p>(...).”</p>
			<p>“a) Los intereses de deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas siempre que hayan sido contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora.</p> <p>Para efecto de los gastos previstos en este inciso, se tendrá en cuenta lo siguiente:</p>

<p>Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1424</p>	<p>13/09/2018</p>	<p>01/01/2021</p>	<p>1. No son deducibles los <b>intereses netos</b> en la parte que excedan el treinta por ciento (30%) del EBITDA del ejercicio anterior.</p> <p>Para tal efecto, se entiende por:</p> <p>i. Interés neto: Monto de los gastos por intereses que exceda el monto de los ingresos por intereses, computables para determinar la renta neta.</p> <p>ii. <b>EBITDA: Renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.</b></p> <p>Los intereses netos que no hubieran podido ser deducidos en el ejercicio por exceder el límite antes señalado, podrán ser adicionados a aquellos correspondientes a los cuatro (4) ejercicios inmediatos siguientes, quedando sujetos al límite conforme a lo que establezca el Reglamento<sup>17</sup>.</p> <p>2. El límite a que se refiere el numeral anterior no es aplicable a:</p> <p>a. Las empresas del sistema financiero y de seguros señaladas en el artículo 16° de la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.</p> <p>b. Contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a dos mil quinientas (2,500) UIT.</p> <p>c. Contribuyentes que desarrollen proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica que se realicen en el marco del Decreto</p>
---	-------------------	-------------------	--

<sup>17</sup> Nótese que el Reglamento aún no ha sido publicado.



			<p>Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan.</p> <p>d. Intereses de endeudamientos para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos en el marco del Decreto Legislativo N° 1224, “Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos” y las normas que lo modifiquen o sustituyan, de acuerdo a lo que señale el Reglamento.</p> <p>e. Intereses de endeudamientos provenientes de la emisión de valores mobiliarios representativos de deuda que cumplan con las siguientes condiciones:</p> <p>i. Se realicen por oferta pública primaria en el territorio nacional conforme a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores aprobada mediante Decreto Legislativo N° 861 y las normas que lo modifiquen o sustituyan.</p> <p>ii. Los valores mobiliarios que se emitan sean nominativos; y,</p> <p>iii. La oferta pública se coloque en un número mínimo de 5 inversionistas no vinculados al emisor.</p> <p>Los intereses señalados en los acápite d. y e. del presente numeral serán computables a efectos de calcular el límite previsto en el numeral 1 de</p>
--	--	--	---

			<p>este inciso. Dichos intereses son deducibles aun cuando excedan el referido límite.</p> <p>3. Solo son deducibles los intereses determinados conforme a los numeral 1 y 2 de este inciso, en la parte que excedan el monto de los ingresos por intereses exonerados e inafectos. Para tal efecto no se computarán los intereses exonerados e inafectos generados por valores cuya adquisición haya sido efectuada en cumplimiento de una norma legal o disposiciones del Banco Central de Reserva del Perú, ni los generados por valores que reditúen una tasa de interés, en moneda nacional, no superior al cincuenta por ciento (50%) de la tasa activa de mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.</p> <p>4. Tratándose de bancos y empresas financieras, deberá establecerse la proporción existente entre los ingresos financieros gravados e ingresos financieros exonerados e inafectos y deducir como gasto, únicamente, los cargos en la proporción antes establecida para los ingresos financieros gravados.</p> <p>5. También serán deducibles los intereses de fraccionamientos otorgados conforme al Código Tributario. Estos no forman parte del cálculo del límite señalado en el numeral 1.”</p>
--	--	--	--

Fuente: Elaboración propia.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, L. (2001). El tratamiento tributario de la subcapitalización en la legislación peruana y en la legislación comparada. *Ius et Veritas - Año XII - N° 23*, 248-257.
- Barreto, P. (1999). La emisión de instrumentos representativos de deuda. *Ius et Veritas N° 18*, 182-193.
- Bertholo, M. (2017). Análise das Regras Fiscais de Combate à Subcapitalização de Empresas no Brasil e no Mundo. *Memorias del Premio Latinoamericano de Investigación (Convocatorias 2012-2017)*, 311-345.
- Broseta, M. (1994). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- Burgos y Sepúlveda. (2016). La subcapitalización como un tipo de Planificación Tributaria Agresiva Internacional: Un enfoque comparado. *Revista de Estudios Tributarios - 16*, 51-82.
- Calderón y Quintas. (2016). Una aproximación al concepto de "Planificación Fiscal Agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE (Segunda Parte). *Revista Análisis Tributario (ISSN 2074-109X)*, N° 338, marzo de 2016, AELE, Lima, 11-20.
- Calvo, J. (2011). *Operaciones Vinculadas y Subcapitalización - Cuestiones conflictivas y supuestos prácticos*. España: Thomson Reuters (Legal) Limited.
- Casanova-Regis, R. (07 de Octubre de 2018). *Nuevas Reglas para la Deducción de Gastos Financieros - Ratio de sub-capitalización*. Obtenido de <https://www.linkedin.com/pulse/nuevas-reglas-para-la-deduci%C3%B3n-de-gastos-financieros-roberto-jos%C3%A9/>
- Castillo, J. (2009). Elusión fiscal y evasión fiscal. Lima 22 de junio de 1964. En *Tributación y Derecho. Liber In Memoriam Juan Lino Castillo Vargas*. Lima: Palestra.

- Castro, J. (2013). La capitalización encubierta en la Reforma Tributaria del 2012: ¿trasplante legal o engendro legal? *Revista Derecho del Estado* N° 31, 161-190.
- Cencerrado, E. (2010). La subcapitalización. En C. E. Teodoro, *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)* (págs. 637-691). Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Chevarría, Z. (2008). La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España. *Contabilidad y Negocios - Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas - Año 3 - Número 5*, 11-17.
- Chirinos, C. (2008). Redescubriendo Realidades y Formas La Norma Anti Subcapitalización como Cláusula Antielusiva Especial. *Derecho & Sociedad* 31, 295-304.
- Cores Ferradas, R. (2014). Las cláusulas antielusivas específicas y los convenios para evitar la doble imposición suscritos por el Perú. En I. P. Tributario, *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - Tomo II* (págs. 401-419). Lima: Grández Gráficos S.A.C.
- Cores, R. (30 de Setiembre de 2010). *International Fiscal Association (IFA - Perú)*.  
Obtenido de Instrumentos Financieros Híbridos:  
[http://www.ifaperu.org/uploads/files/Cores\\_30-09-2010.pdf](http://www.ifaperu.org/uploads/files/Cores_30-09-2010.pdf)
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1424. (13 de Setiembre de 2018).  
*Proyecto de Decreto Legislativo que modifica la Ley del Impuesto a la Renta*.  
Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/13/EXP-DL-1424.pdf>
- Falcón y Pulido. (2013). *Derecho Fiscal Internacional - Segunda Edición*. Madrid: Marcial Pons.

Fernández Gonzáles, M. (2016). *Universidad de Cantabria - Departamento de Economía*.

Obtenido de Tesis Doctoral: La deducción de los gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades: un análisis de la normativa anti elusión española: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/8438/Tesis%20MFGT.pdf?sequence>

Ferrara. (1991). La simulación de los negocios jurídicos. En *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrero, G. (2012). Estructura de Capital. *Curso de Finanzas Corporativas - Pontificia Universidad Católica del Perú*.

García Novoa, C. (2005). Reflexiones sobre las medidas para combatir la elusión fiscal. Cláusulas generales y especiales. *Vectigalia 1*, 121-133.

García Novoa, C. (2008). Cláusula General Anti-elusiva y la Norma VIII Peruana. *Revista de Derecho Themis N° 55 - Derecho Constitucional*, 327-338.

García Novoa, C. (2014). Cláusulas antielusivas y convenios de doble imposición. En I. P. Tributario, *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* (págs. 665-694). Lima: Grández Gráficos.

Garfías, E. (Junio de 2008). *La regla de subcapitalización en la legislación peruana y su compatibilidad con los convenios para evitar la doble imposición*. Obtenido de International Fiscal Association Perú: [http://www.ifaperu.org/uploads/articles/322\\_07\\_joo.pdf](http://www.ifaperu.org/uploads/articles/322_07_joo.pdf)

Guash, R. (2004). La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades. *Revista de Derecho Societario N° 7*, 163-186.

IUS 360°. (30 de Octubre de 2014). *Entrevista a Alberto Tarsitano sobre la figura de la Cláusula Antielusiva General en el Perú*. Obtenido de

<http://ius360.com/publico/tributario/entrevista-alberto-tarsitano-sobre-la-figura-de-la-clausula-antielusiva-general-en-el-peru/>

Krever, R. (Mayo de 2016). *General Report: GAARs*. Obtenido de GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World: [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/16\\_001\\_GAARs\\_-\\_A\\_Key\\_Element\\_final\\_web\\_0.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/16_001_GAARs_-_A_Key_Element_final_web_0.pdf)

Lalanne, G. (2004). El fraude a la Ley Tributaria y Economía de Opción. En J. Casas, *Interpretación Económica de las Normas Tributarias*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Lalanne, G. (2005). *Economía de opción y fraude de ley en el Derecho Tributario*. Obtenido de Instituto Peruano de Derecho Tributario: [http://www.ipdt.org/editor/docs/03\\_Rev44\\_GAL.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/03_Rev44_GAL.pdf)

Liu, R. (24 de Noviembre de 2018). *Análisis crítico de las nuevas reglas que limitan la deducción del gasto por intereses*. Obtenido de <https://www.enfoquederecho.com/2018/11/24/analisis-critico-de-las-nuevas-reglas-que-limitan-la-deducccion-del-gasto-por-intereses/>

Liu, Sotelo y Zuzunaga. (2012). Norma XVI: Calificación, Elusión de Normas Tributarias y Simulación. *Ius Et Veritas* N° 45 - Diciembre 2012 - ISSN 1995-2929, 396-419.

Marval, O'Farrell y Mairal. (13 de Diciembre de 2007). *Marval, O'Farrell y Mairal*. Obtenido de Préstamos entre empresas vinculadas: <https://www.marval.com/publicacion/prestamos-entre-empresas-vinculadas-5375>

Montestruque, K. (2010). Aspectos Fiscales de la Subcapitalización de Sociedades y su Regulación en el Perú. *Actualidad de Empresarial*, N° 204 - Primera Quincena de Abril, I-4 - I-6.



- Norway vs. IKEA Handel og Ejendom. (18 de Octubre de 2016). *TP Cases*. Obtenido de October 2016, HRD 2016-722: <https://tpcases.com/norway-ikea-handel-og-ejendom-hrd-2016-722/>
- Núñez, F. (Abril de 2010). *IPDT - Revista 49*. Obtenido de [http://www.ipdt.org/editor/docs/05\\_Rev49\\_FNC.pdf](http://www.ipdt.org/editor/docs/05_Rev49_FNC.pdf)
- OCDE. (2011). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. París: Instituto de Estudios Fiscales.
- OCDE. (Agosto de 2012). *Thin Capitalisation Legislation A background paper for country tax administrations (Pilot Version for comments)*. Obtenido de Tax & Development: [http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf)
- OCDE. (16 de Septiembre de 2016). *Proyecto BEPS - Nota explicativa: Informes Finales 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, OECD Publishing, Paris. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.1787/9789264263567-es>
- OECD. (19 de Julio de 2013). *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Obtenido de OECD Publishing: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>
- OECD. (05 de Octubre de 2015). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Obtenido de OECD Publishing, París: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>
- Palao, C. (2001). La subcapitalización. En F. Serrano Antón, *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.



- Pesaque, A. (2007). Operaciones de Financiamiento en el Perú: Un repaso general a la luz de los principios básicos de las finanzas corporativas. *Themis 54 - Revista de Derecho*, 7-31.
- Prieto, J. (1995). *La planificación fiscal internacional y en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal*. Obtenido de <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/3006/1/PlanificacionFiscal.pdf>
- Rajmilovich, D. (2014). Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición. En I. P. Tributario, *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario - Tomo II* (págs. 123-142). Lima: Grández Gráficos.
- Ramos, J. (2014). La elusión tributaria y la economía de opción. A propósito de la suspensión de la facultad de SUNAT para aplicar la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. *Informativo Caballero Bustamante N° 788 - Lima*.
- Rosembuj, T. (1994). *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons.
- Ross, Westerfield y Jaffe. (2018). *Finanzas Corporativas*. México: McGraw Hill Interamericana.
- Sánchez, O. (2009). *Subcapitalización y las cláusulas antielusivas*. Obtenido de <http://tributacionpostmodernidad.blogspot.com/2009/03/subcapitalizacion-y-las-clausulas.html>
- Sevillano, S. (2014). *Lecciones de Derecho Tributario: Principios Generales y Código Tributario*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Soler, M. (2014). Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición. En I. P. Tributario, *Memorias de las XXVII Jornadas*

- Latinoamericanas de Derecho Tributario - Tomo II* (págs. 31-119). Lima: Grández Gráficos S.A.C.
- Sotelo, E. (2012). Nueva Cláusula Antielusiva General Tributaria. *Revista Análisis Tributario*, N° 296, Volumen XXV, setiembre 2012, AELE, 23-28.
- Tarsitano, A. (2008). Teoría de la interpretación tributaria. En G. N. Hoyos, *El tributo y su aplicación perspectivas para el siglo XXI* (págs. 851-875). Madrid I Barcelona I Buenos Aires: Marcial Pons.
- Tarsitano, A. (s.f.). El tributo y su aplicacoi++.
- Torres-Richoux y Pérez. (2016). Hipertrofia de la norma de subcapitalización colombiana. Reflexiones acerca de su construcción y análisis de sus objetivos desde el Derecho Tributario comparado. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario N° 74 - ISSN: 0122-0799*, 205-243.
- Van Horne y Wachowicks. (2010). *Fundamentos de Administraci n Financiera*. México: Prentice Hall .
- Vega, F. (2002). La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario. *Crónica Tributaria N° 14*.
- Villar, M. (1998). El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del Derecho Comunitario. *Carta Tributaria N° 300*.
- XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. (2008). Organizadas por el ILADT, en Isla Margarita (Venezuela), los días 19 al 24 de octubre de 2008. *Revista Análisis Tributario N° 250, Volumen XXI, noviembre de 2008, AELE*, 35-36.

Yael, C. (Noviembre de 2012). *Polémico rol del treaty shopping en la actualidad tributaria*. Obtenido de Cuestionamiento jurídico-económico del abuso de convenios para evitar la doble imposición:  
[http://www.ifaperu.org/uploads/articles/1683\\_02\\_CT32\\_CYO.pdf](http://www.ifaperu.org/uploads/articles/1683_02_CT32_CYO.pdf)

